DIE EINSTWEILIGE ANORDNUNG IM VERFAHREN DER VERWALTUNGSGERICHTLICHEN NORMENKONTROLLE NACH § 47 VwGO

Joachim Eckert

1972

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41546016_0083

Die einstweilige Anordnung im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO

INAUGURAL-DISSERTATION

zur Erlangung der Doktorwürde
einer Hohen Juristischen Fakultät
der Ludwig-Maximilians Universität
zu München

vorgelegt von

JOACHIM ECKERT

München 1971

UNIV.
LEIDEN
BIBL.

Referent: Professor Dr. Hans Spanner
Korreferent: Professor Dr. Heinrich Scholler

Tag der mündlichen Prüfung: 10.Juli 1972

DISSERTATIONS – und FOTODRUCK FRANK oHG
8000 München 2 · Gabelsbergerstr. 15 · Tel.: 2 80 90 90

Inhaltsverzeichnis

Seite

Abkürzungsverzeichnis XI
Literaturverzeichnis XV
Einleitung 1

Erster Abschnitt

Geschichte und gesetzliche Anerkennung der vorläufigen richterlichen Regelungsbefugnis sowie ihr Verhältnis zur allgemeinen richterlichen Urteilsmacht

§ 1 Vorbemerkungen 4
§ 2 Einstweilige Anordnungsbefugnis als notwendiger Inhalt der allgemeinen richterlichen Urteilsmacht 4
§ 3 Geschichte der vorläufigen richterlichen Regelungsbefugnis 9
I. Ursprung richterlicher Interimsmacht 9
1.) Die Sicherungsanordnung 9
2.) Die Regelungsanordnung 11
3.) Die richterliche Interimsmacht, eine zivilprozessuale Schöpfung 14
II. Entwicklung der richterlichen Interimsmacht außerhalb der Zivilgerichtsbarkeit 15
1.) Im Strafprozeß 15
2.) In der Verfassungsgerichtsbarkeit 15
a) Entwicklung bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts 15
b) Rechtslage auf Grund der Weimarer Verfassung von 1919 17
c) Entwicklungsstand unter der Herrschaft des Grundgesetzes 20
3.) In der Verwaltungsgerichtsbarkeit 20
a) Entwicklung bis zum Jahre 1945 21
b) Entwicklung bis zur VwGO von 1960 26
c) Zusammenfassung 29

Seite

§ 4 Überblick über die einstweiligen Anordnungsbefugnisse innerhalb der Verfahrensordnungen 30
I. Zivilgerichtsbarkeit 30
II. Arbeitsgerichtsbarkeit 32
III. Strafgerichtsbarkeit 32
IV. Verfassungsgerichtsbarkeit 33
1.) Bundesverfassungsgerichtsbarkeit 33
2.) Länderverfassungsgerichtsbarkeit 34
V. Internationales und supranationales Verfahrensrecht 35
VI. Verwaltungsgerichtsbarkeit 37
1.) Verwaltungsgerichtsordnung 37
2.) Sozialgerichtsgesetz 38
3.) Finanzgerichtsordnung 40

§ 5 Notwendigkeit der konkreten Problemabhandlung 41
I. Die richterliche Anordnungsbefugnis als Bestandteil jeder Gerichtsbarkeit 41
II. Verhältnis der Anordnungsbefugnis zur allgemeinen richterlichen Urteilsmacht 43
III. Überleitung zur konkreten Fragestellung und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes 44

Zweiter Abschnitt

Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur

§ 6 Vorbemerkungen 48
§ 7 Überblick über den Stand der Meinungen 49
§ 8 Ablehnende Meinungen und ihre Kritik 53
I. Positivistische Argumentationen 53
II. Rechtssystematische Argumentation 62
III. Keine vorläufige Rechts(un)gültigkeit 65
IV. Nichtvorgreiflichkeit als Anordnungsvoraussetzung 72

Seite

A) Übernahme des Rechtsstandpunktes eines Verfahrensbeteiligten 74
1.) Verhältnis von Anordnungs- und Hauptsachentscheidung 75
a) Standpunkt von Lehre und Rechtsprechung 75
b) Entwicklung einer eigenen Auffassung 75
c) Bestätigung dieser Auffassung durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung 77
d) Keine Notwendigkeit zur Übernahme des Rechtsstandpunkts eines Verfahrensbeteiligten 78
2.) Einwendungen gegen die Verschiedenartigkeit der Streitgegenstände von Hauptsachverfahren und Anordnungsverfahren 79
a) Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich 79
b) Glaubhaftmachung nach § 123 Abs. III VwGO 81
c) Vorläufige Verwirklichung der Rechtsauffassung des Antragstellers 86
3.) Ergebnis 87

B) Vorwegnahme der endgültigen Entscheidung 88
1.) Berechtigung des Prinzips 88
a) Rechtsnatur und Zweck richterlicher Interimsmacht 88
b) Konsequenzen für Inhalt und Wirkung vorläufiger Maßnahmen 90
2.) Vorläufige Verwirklichung des Klageziels 92
3.) Kein rechtlicher Maßstab für den Erlaß einstweiliger Anordnungen im Normenkontrollverfahren (§ 47 VwGO) 96

V. Die Allgemeinverbindlichkeit der Ungültigkeitserklärung im Verfahren nach § 47 VwGO 98
1.) Notwendigkeit allgemeinverbindlicher vorläufiger Regelungen 99
2.) Einstweilige Anordnungen nur in "Parteistreitigkeiten"? 100

Seite

VI. Rechtsnatur des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens 102
1.) Das Problem 102
2.) Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, ein Beanstandungsverfahren 105
3.) Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, ein Rechtsschutzverfahren 107
a) Entstehungsgeschichte, insbesondere die Gesetzesmaterialien 107
b) Wortlaut, Zusammenhang und Zweck 110
c) Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle auf Antrag einer Person, eine Kombination von Rechtsschutz- und Beanstandungsverfahren 124
4.) Ergebnis 130
VII. Zusammenfassung 130

§ 9 Befürwortende Meinungen und ihre Kritik 132
I. Zulässigkeitsbegründung aus dem Schweigen des Gesetzes 132
II. Analogie zur verfassungsgerichtlichen einstweiligen Anordnung 134
1.) Darlegung der Meinungen 135
2.) Stellungnahme und Kritik 136
III. Einstweilige Anordnungen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren als verfassungsmäßig verbürgte Rechtsschutzmittel ? - (Begründung aus Art. 19 Abs. IV GG) 142
1.) Das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, eine Konkretisierung der Rechtschutzgarantie des Art. 19 Abs. IV GG? 142
2.) Bedenken gegen diese Auffassung 145
a) Art. 19 Abs. IV GG und der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen 145
b) Größtmöglicher Individualrechtsschutz nur bei Rechtsschutzverfahren 147

Seite

IV. Analoge Anwendung des § 123 Abs. I S. 2 VwGO 155
1.) Verschiedene Begründungsversuche 155
a) I. Senat des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs 155
b) Argumentation von Klotz 157
c) IV. Senat des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs 157
2.) Kritik dieser Begründungsversuche 158

Dritter Abschnitt

Notwendigkeit einstweiliger Anordnungen zur Zweckverwirklichung des verwaltungsrechtlichen Normenkontrollverfahrens gemäß § 47 VwGO

§ 10 Vorbemerkungen 164
§ 11 Methode und Fragestellung 165
§ 12 Funktionszusammenhang der Ordnungsaufgaben von einstweiliger Anordnung und Normenkontrolle nach § 47 VwGO 169
I. Sinn und Zweck einstweiliger Anordnungen und der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle 169
II. Die Rolle der einstweiligen Anordnung bei der Erfüllung der Aufgaben der Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO 170
1.) Normenkontrolle auf Antrag einer Person 171
2.) Normenkontrolle auf Antrag einer Behörde 173
III. Keine Notwendigkeit der Anordnungskompetenz bei Ersetzungsmöglichkeit durch andere Institute 174
1.) Ersatz durch Beschleunigung des Verfahrens 175
2.) Ersatz durch "Parteiverhaltenspflichten" 175
3.) Ersatz durch aufschiebende Wirkung des Normenkontrollantrags 177
4.) Ersatz durch aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Normvollzug (Exkurs: Plan-Gesetze) 179

Seite

a) Aufschiebung des Normenvollzugs, keine Ergänzung der Normenkontrollfunktion 179
b) Beispiel der "Vollzugsnormen" (Exkurs: Plan-Gesetze) 182
c) Ergebnis 184

§ 13 Vollständige Zweckverwirklichung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle mit Hilfe einstweiliger Anordnungen 185

Vierter Abschnitt

Rechtliche Ausgestaltung der einstweiligen Anordnungen im verwaltungsrechtlichen Normenkontrollverfahren

§ 14 Vorbemerkungen 187
§ 15 Voraussetzungen der einstweiligen Anordnungen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren 190
I. Voraussetzungen im Normenkontrollverfahren auf Individualantrag (§ 47 S. 2, 1. Alternative VwGO) 190
1.) Die Voraussetzungen nach § 123 VwGO und die Zweckkombination des § 47 S. 2, 1. Alternative VwGO 190
2.) Interessenabwägung vor Vollzugsaussetzung einer Norm nach § 123 Abs. I VwGO 196
a) Verhältnis von öffentlichen zu privaten Interessen 196
b) Anwendbarkeit der zur verfassungsgerichtlichen einstweiligen Anordnung entwickelten Grundsätze 198
3.) Die einzelnen Prüfungsstationen bei § 123 Abs. I VwGO 207
II. Die Voraussetzungen im Normenkontrollverfahren auf Antrag einer Behörde (§ 47 S. 2 VwGO, 2. Alternative) 210
1.) Unanwendbarkeit des § 123 VwGO 210

Seite

2.) Entsprechende Anwendung der zu § 32 BVerfGG entwickelten Grundsätze 211
III. Verfahrensrechtliche Einzelfragen 214
1.) Allgemeine Verfahrensgrundsätze 214
2.) Vorbereitung und Form der Anordnungsentscheidung 216
a) Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache 216
b) Das Antragserfordernis 217
c) Entbehrlichkeit einer mündlichen Verhandlung 218
d) Form der Anordnungsentscheidung 219
IV. Ergebnis 220

§ 16 Inhalt und Grenzen einstweiliger Anordnungen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren 222
I. Der gesetzlich festgesetzte Inhalt 222
II. Bindung des Gerichts an den Anordnungsantrag 223
III. Berücksichtigung der möglichen Normenkontrollentscheidung 225
1.) Orientierung an den Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens 225
2.) Inhaltliche Begrenzung der einstweiligen Anordnung durch die Möglichkeiten der Normenkontrollentscheidung 229
3.) Vorwegnahme der Normenkontrollentscheidung (Durchbrechung des Vorgreiflichkeitsverbotes) 232
IV. Vorläufige Aussetzung des Normenvollzugs als "geeignete" Maßnahme 234
1.) Auswahlermessen des Gerichts bezüglich geeigneter Maßnahmen 234
2.) Generelle oder partielle Vollzugsaussetzung 235
a) Meinungen in Rechtsprechung und Literatur 235
b) Eigene Stellungnahme 238

Seite

§ 17 Rechtswirkungen der einstweiligen Aussetzung des Normvollzugs 240

I. Keine Rechtskraftwirkung und keine präjudizielle Wirkung der Vollzugsaussetzung 240

II. Beginn und Ende der Aussetzungswirkung 241

Fünfter Abschnitt

§ 18 Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse 243

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	am angegebenen Ort
abl.	ablehnend
Abs.	Absatz
Abschn.	Abschnitt
a.E.	am Ende
AGVwGO	Gesetz zur Ausführung der Verwaltungsgerichtsordnung
amtl.	amtlich
Anh.	Anhang
Anm.	Anmerkung
AöR	Archiv des öffentlichen Rechts
ArbGG	Arbeitsgerichtsgesetz
Art.	Artikel
AS	amtliche Sammlung
ASt.	Antragsteller
Aufl.	Auflage
Bay., bay.	Bayern, bayrisch
BayVBl.	Bayerische Verwaltungsblätter
BB	Der Betriebsberater
BBauG	Bundesbaugesetz
Bd.	Band
Beschl.	Beschluß
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGBl.	Bundesgesetzblatt
BGH, BGHZ	Bundesgerichtshof (Zivilsachen)
BR	Bundesrat
BT-Drucks.	Bundestagsdrucksache
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Bundesverfassungsgerichtsgesetz
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BW	Baden-Württemberg

BWVBl.	Baden-Württembergisches Verwaltungsblatt
d.	der, die, das
ders., dies.	derselbe, dieselbe(n)
Diss.	Dissertation
DJT	Deutscher Juristentag
DJZ	Deutsche Juristen-Zeitung
DÖV	Die öffentliche Verwaltung
DReZ	Deutsche Rechtszeitschrift
DVBl.	Deutsches Verwaltungsblatt
E	Entscheidung
e.AO(en)	einstweilige Anordnung(en)
Einl.	Einleitung
Entw.	Entwurf
Erl.	Erläuterungen
ESVGH	Entscheidungssammlung des Hessischen und Württemberg-Badischen Verwaltungsgerichtshofes
e.V(en)	einstweilige Verfügung(en)
f.	für; und folgende (Seite, Note usw.)
ff.	und folgende (Seiten, Noten usw.)
FGG	Reichsgesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit
FGO	Finanzgerichtsordnung
FN	Fußnote
G	Gesetz
GBl.	Gesetzblatt
GBO	Grundbuchordnung
GewArch.	Gewerbearchiv
GG	Grundgesetz
GS	Gesetzessammlung
GVBl.	Gesetz- und Verordnungsblatt
Hann., hann.	Hannover, hannoversche
HdbDStR	Handbuch des Deutschen Staatsrechts
Hess., hess.	Hessen, hessisch
HMR Rspr.	Rechtsprechungsbeilage zum Handbuch des gesamten Miet und Raumrechts

hrsg.	herausgegeben
HS(E)	Hauptsache(entscheidung)
HSV	Hauptsachverfahren
i.d.F.	in der Fassung
JöR	Jahrbuch des öffentlichen Rechts
JR	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JW	Juristische Wochenschrift
JZ	Juristenzeitung
KO	Konkursordnung
LeipzZ	Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht
LG	Landgericht
L/S	Lammers/Simons, Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das Deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund des Art. 113 Abs. II der Reichsverfassung, Bd. I-IV, Berlin 1929-1932
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MRVO	Militärregierungsverordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NK(V)	Normenkontrolle(verfahren)
NRW	Nordrhein-Westfalen
OLG	Oberlandesgericht
OVG	Oberverwaltungsgericht
Preuß., preuß.	Preußen, preußisch
PVZ	Politische Vierteljahresschrift
Rdnr.	Randnummer
Reg.Bl.	Regierungsblatt
RG, RGZ	Reichsgericht (Zivilsachen)
RGBl.	Reichsgesetzblatt
Rh.-Pf.	Rheinland-Pfalz
Rspr. (st.)	Rechtsprechung (ständige)
RStGH	Reichsstaatsgerichtshof
RuPrVBl.	Reichsverwaltungsblatt und Preußisches Verwaltungsblatt

RWS	Recht und Wirtschaft der Schule. Zeitschrift für Recht, Verwaltung und Ökonomie des Schulwesens
S.	Seite, Satz
s.	siehe
Sen.	Senat
SGG	Sozialgerichtsgesetz
Sp.	Spalte
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozeßordnung
Thüring., thüring.	Thüringen, thüringisch
U	Urteil
VA	Verwaltungsakt
VerfGH	Verfassungsgerichtshof
VerfGHG	Verfassungsgerichtshofgesetz
VerwArch.	Verwaltungsarchiv
VerwRspr.	Verwaltungsrechtsprechung in Deutschland
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
Voranm.	Voranmerkung
VPR	Verwaltungsprozeßrecht
VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung
vwgrtl.	verwaltungsgerichtlich
VwR	Verwaltungsrecht
WP	Wahlperiode
WRV	Weimarer Reichsverfassung
ZaöRuVR	Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht
ZBR	Zeitschrift für Beamtenrecht
zit. b. (n.)	zitiert bei (nach)
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZZP	Zeitschrift für Deutschen Zivilprozeß

LITERATURVERZEICHNIS

Anschütz, Gerhard:	Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11.8.1919. Unveränderter Nachdruck der 14. Aufl., Bad Homburg v.d. Höhe 1960
Arndt, Adolf:	"Das Bundesverfassungsgericht", DVBl. 1951, S. 297 ff. und 1952, 1 ff.
ders.:	Anmerkungen zum Urteil des BVerfG v. 13.11.1957 (1 BvR 78/56), NJW 1958, S. 337 f.
ders.:	Anmerkungen zum Beschl. d. BVerfG v. 10.5.1960 (2 BvQ 1/60), JZ 1960, S. 488 f.
Babel, Gisela:	Probleme der abstrakten Normenkontrolle. Schriften zum Öffentlichen Recht, Bd. 25, Berlin 1965
Bachof, Otto:	Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung zugleich eine Untersuchung über den öffentlich-rechtlichen Folgenbeseitigungsanspruch nach Aufhebung eines rechtswidrigen Verwaltungsaktes, Tübingen 1951 (zit.: Bachof, Vornahmeklage)
ders.:	Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im Verwaltungsprozeß, NJW 1949, S. 328 f.
ders.:	Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NJW 1949, S. 815
ders.:	Diskussionsbeitrag, Verhandlungen des 38. DJT 1950, Teil D, S. 81 ff.
ders.:	Nachwort zu Karl August Bettermann, Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt, AöR Bd. 86, S. 129 ff. (186 ff.)

ders.:	Bundesrecht als Maßstabsrecht im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren? (Teil B), DÖV 1964, S. 9 ff. (zit.: Bundesrecht als Maßstabsrecht)
ders.:	Zur Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsverordnungen und Satzungen, Anmerkungen zum Beschl.d. BVerfG v. 3.11.1966, NJW 1968, S. 1065 ff. (zit.: Zur Verfassungsbeschwerde)
Baring, Martin:	Die einstweilige Verfügung im Verwaltungsstreitverfahren, ZBR 1954, S. 44 ff.
ders.:	Anmerkungen zum Beschl. d. OVG Münster v. 27.1.1955, ZBR 1955, S. 126
Bartholomeyczik, Horst:	Die Kunst der Gesetzesauslegung, 4. Aufl., Frankfurt 1967
Bartlsperger, Richard:	Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl. 1967, S. 360 ff.
Baumbach, Adolf - Lauterbach, Wolfgang:	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und anderen Nebengesetzen, 30. Aufl., München 1970 mit Nachtrag Dezember 1970
Baur, Fritz:	Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, Tübinger Rechtswissenschaftl. Abhandlungen Bd. 20, Tübingen 1967
Beeser, Julius:	Zäsuren in der Anordnungs-Rechtsprechung des BVerfG, Anmerkung zum Beschl. d. BVerfG v. 5.10.1960 (2 BvR 536/60), DÖV 1960, S. 832 ff.
Bergmann, Wolfgang:	Zwischenbilanz zur verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle, VerwArch. 51 (1960), S. 36 ff.
Bettermann, Karl August:	Verwaltungsakt und Richterspruch, in Gedächtnisschr. W. Jellinek, München 1955, S. 361 ff.

ders.:	Die Unabhängigkeit der Gerichte und der gesetzliche Richter, in Bettermann/ Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd., Berlin 1959, S. 523 ff.
ders.:	Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, wie vorstehend, S. 779
ders.:	Zur Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze und zum Rechtsschutz des Bürgers gegen Rechtssetzungsakte der öffentlichen Gewalt. Beiträge zu Art. 19 Abs. IV, 93, 100 des Grundgesetzes, §§ 90 bis 95 des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes und § 47 der Verwaltungsgerichtsordnung. AöR Bd. 86 (1961), S. 129 ff.
Blomeyer, Karl:	Arrest und einstweilige Verfügung, ZZP 65 (1952), S. 52 ff.
Blümel, Willi:	Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, in Festgabe für Ernst Forsthoff, München 1967, S. 133 ff.
Bonner Kommentar, Abraham, Bühler u.a.:	Kommentar zum Bonner Grundgesetz, Hamburg 1950/1957
von Brauchitsch, Max:	Verwaltungsgesetze für Preußen. Neu hrsg. von Drews, Bill u. Lassar, Gerhard, 1. Bd., 24. Aufl., Berlin 1930
Brohm, Winfried:	Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, in res publica, Beiträge zum öffentlichen Recht, Bd. 3, Stuttgart 1959
Buri, Eugen:	Einstweilige Anordnungen - Einstweilige Verfügungen - in Anfechtungssachen, DÖV 1957, S. 100 ff.
de Clerck, Hans:	Einstweilige Anordnung im Verwaltungsgerichtsverfahren, NJW 1956, S. 1337 ff.
ders.:	Zur Form der Entscheidung im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen einstweiligen Anordnung, NJW 1970, S. 22 ff.
Czermak, Fritz:	Anmerkung zum Beschl. d. OVG Bremen v. 15.5.1963, NJW 1964, S. 122

ders.:	Nochmals: Die Rechtsnatur der Verkehrszeichen, NJW 1965, S. 93 f.
Das Bundesverfassungsgericht:	Das BVerfG 1951 - 1971, hrsg.v. BVerfG mit Beiträgen verschiedener Autoren, Karlsruhe 1971
Draht, Martin:	Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VVDStRL Heft 9 (1952), S. 17 ff.
Eichhorn, Egbert:	Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, Würzburger Diss. 1960
Eiselt, Gerhard:	Aufschiebende Wirkung des Widerspruchs und der Klage gegen Entscheidungen in inneren Schulangelegenheiten, RWS 1960/1961, S. 15 ff.
Elias, Frithjof:	Abgrenzungsprobleme bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO, Kölner Diss. 1968
Engelken, Klaus:	Einstweilige Anordnungen nach § 123 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren (§ 47 VwGO)? DÖV 1971, S. 331 ff.
Engisch, Karl:	Einführung in das juristische Denken, Urban Bücher, Bd. 20, 3. Aufl., Stuttgart 1964
Ernst:	Der Plan im Verwaltungsrecht, DVBl. 1960, S. 344 ff.
Esser, Josef:	Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Rechts, 2. Aufl., Tübingen 1964
Eyermann, Erich:	Anmerkung zum Beschl. d. BW VGH v. 21.5.1962, DVBl. 1963, S. 401 f.
Eyermann, Erich - Fröhler, Ludwig:	Verwaltungsgerichtsgesetz, Kommentar, 2. Aufl., München und Berlin 1954
dies.:	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl., München und Berlin 1962, 4. Aufl., München 1965, 5. Aufl., München 1971

Förster, Klaus Dieter:	Die einstweilige Verfügung und die vorbeugende Klage in der Verfassungsgerichtsbarkeit, Freiburger Diss. 1953
Forsthoff, Ernst:	Norm und Verwaltungsakt im geltenden und künftigen Baurecht, DVBl. 1957, S. 113 ff.
ders.:	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd. I, Allgemeiner Teil, 8. Aufl., München und Berlin 1961, 9. Aufl., München und Berlin 1966
Friesenhahn, Ernst:	Die Staatsgerichtsbarkeit, in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, Tübingen 1932
ders.:	Staatsgerichtshof und einstweilige Verfügung, RuPrVBl. 1932, S. 761 ff.
ders.:	Die Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bundesrepublik Deutschland, Sonderabdruck aus: Verfassungsgerichtsbarkeit in der Gegenwart (Länderberichte und Rechtsvergleichung), Bd. 36 der Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, hrsg.v. Hermann Mosler, Köln/Berlin/Bonn/München 1963, (zit.: Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit)
ders.:	Zur richterlichen Kontrolle von Rechtsverordnungen nach dem Recht der BRD, in Hundert Jahre Verfassungsgerichtsbarkeit, Fünfzig Jahre Verfassungsgerichtshof in Österreich, Wien 1968, S. 103 ff. (zit.: Friesenhahn, Richterliche Kontrolle)
Fuß, Ernst-Werner:	Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, DÖV 1959, S. 201 ff.
Gebhardt, Richard:	Die einstweilige Anordnung des Bundesverfassungsgerichts, Münchner Diss. 1965
Geiger, Willi:	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht vom 12. März 1951, Kommentar, Berlin und Frankfurt 1952

Giese, Friedrich:	Zum Konflikt zwischen Staatsgerichtshof und Reichsregierung, DJZ 1929, Sp. 129 ff.
Glum, Friedrich:	Staatsrechtliche Bemerkungen zu dem Konflikt zwischen dem Staatsgerichtshof für das deutsche Reich und der Reichsregierung in der vor dem Staatsgerichtshof schwebenden Streitsache wegen der Besetzung der Stellen im Verwaltungsrat der deutschen Reichsbahngesellschaft, ZaöRuVR Bd. I, Teil 1, 1929, S. 458 ff.
Goessl, Manfred:	Organstreitigkeiten innerhalb des Bundes, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 5, Berlin 1961
Gönner, Nicolaus Thadd.:	Handbuch des deutschen gemeinen Processes, Bd. IV, 2. Aufl., Erlangen 1805
Görres:	Über die Bedeutung der einstweiligen Verfügung für das Verfahren vor den Gerichten des öffentlichen Rechts, JW 1929, S. 3360 ff.
Grundmann, Werner:	Einstweilige Anordnungen bei behaupteter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen DVBl. 1959, S. 875 ff. (zit.: Grundmann, E.AOen)
ders.:	Zur Vorgreiflichkeit verfassungsgerichtlicher Anordnungsentscheidungen DÖV 1960, S. 680 ff. (zit.: Grundmann, Zur Vorgreiflichkeit)
Grunsky, Wolfgang:	Grundlagen des Verfahrensrechts, Eine vergleichende Darstellung von ZPO, FGG, VwGO, FGO, SGG, Bielefeld 1970
Guthardt-Schulz, Harald:	Die Begrenzung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, Göttinger Diss., 1969
Häberle, Peter:	Gemeinwohljudikatur und Bundesverfassungsgericht - Öffentliche Interessen, Wohl der Allgemeinheit in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR Bd. 95 (1970), S. 86 ff. und S. 260 ff.

Hacker, Helmut:	Zehn Jahre VwGO, BayVBl. 1970, S. 241 ff.
Hamann, Andreas:	Das Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949, Kommentar, 2. Aufl., Berlin/Neuwied/ Darmstadt 1960
Häntzschel, Kurt:	Der Konflikt Reich - Thüringen in der Frage der Polizeikostenzuschüsse, AöR 59 (1931) S. 384 ff.
Haueisen, Fritz:	Der vorläufige Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, NJW 1953, S. 1165 f.
ders.:	Anmerkung zum Beschl. d. OVG Münster v. 1.7.1958, NJW 1958, S. 2036
ders.:	Die einstweilige Verfügung im sozialgerichtlichen Verfahren, NJW 1959, S. 18 ff.
ders.:	Lücken im System des sozialgerichtlichen Rechtsschutzes, NJW 1963, S. 321 ff. (zit.: Haueisen, Lücken im System)
ders.:	Die einstweilige Anordnung im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit, MDR 1963, S. 881 ff.
Heinsheimer, Karl:	Urteilsanmerkung, JW 1926, S. 378 f.
Heintze, Reinhard:	Der vorläufige Rechtsschutz Dritter gegenüber genehmigenden Verwaltungsakten, NJW 1963, S. 1430 ff.
Heitzer, Sebastian - Oestreicher, Ernst:	Bundesbaugesetz, Kommentar, 4. Aufl., Berlin 1970
Helfferich, Günther:	Die einstweilige Anordnung in der Verfassungsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik Deutschland, Tübinger Diss. 1962
Herrmann, Rainer:	Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, Mainzer Diss. 1956
Herzog, Roman:	Verfassungsgerichtliche und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, BayVBl. 1961, S. 368 ff.

Holdegel, Helmut:	Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig?, DÖV 1954, S. 209 ff.
Huber, Konrad:	Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, Berlin 1963
Jahn:	Darf der Staatsgerichtshof einstweilige Verfügungen erlassen?, JW 1930, S. 1160 ff.
ders.:	Einstweilige Verfügungen des Staatsgerichtshofes, LeipzZ 1933, Sp. 737 ff.
Jellinek, Georg:	Allgemeine Staatslehre, unveränderter Nachdruck des 5. Neudrucks der 3. Aufl., Berlin 1928, hrsg.v. Walter Jellinek, Bad Homburg v.d. Höhe, Berlin, Zürich 1966
Jellinek, Walter:	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen Zone, DReZ 1948, S.269 ff.
ders.:	Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, Verhandlungen des 38. DJT 1950, Teil D, S. 2 ff.
Jerusalem, Franz:	Die Staatsgerichtsbarkeit, Tübingen 1930
Jesch, Dietrich:	Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82 (1957), S. 163 ff.
v. Ihering, Rudolf:	Im juristischen Begriffshimmel, in Scherz und Ernst in der Jurisprudenz, Leipzig 1885
ders.:	Der Kampf ums Recht, Neudruck der 4. Aufl., Wien 1874, Darmstadt, 1963
Imboden, Max:	Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL Heft 18 (1960), S. 113 ff., Bericht in den Verhdl. der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Erlangen vom 7. bis 9.10.1959

Kaiser, Joseph H.:	Planung I (Recht und Politik der Planung in Wirtschaft und Gesellschaft), mit Beiträgen von Martin Bullinger, Wolfgang Cartellieri u.a., hrsg.v. Joseph H. Kaiser, Baden-Baden 1966
ders.:	Planung II (Begriff und Institut des Plans), mit Beiträgen von Wolfgang Albert, Sabino Cassese u.a., hrsg.v. Joseph H. Kaiser, Baden-Baden 1966
Kammer:	Zur Rückwirkung des Aufhebungsurteils, DVBl. 1952, S. 689 f.
Kaufmann, Arthur:	Analogie und "Natur der Sache", Schriftenreihe der Juristischen Studiengesellschaft, Heft 65/66, Karlsruhe 1965
Klein, Franz:	Die Dritte Novelle zum BVerfGG vom 3. August 1963 (BGBl. I, 589), DVBl. 1964, S. 89 ff.
ders.:	Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, JZ 1966, S. 461 ff.
Klein, Friedrich:	Die Tragweite der Generalklausel im Art. 19 Abs. IV des Bonner Grundgesetzes, VVDStRL Heft 8 (1950), S. 67 ff.
ders.:	Die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen im Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der amerikanischen und britischen Besatzungszone sowie vor dem Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1950, S. 200 ff. und S. 229 ff.
Klein, Hans-Hugo:	Der Umfang der Entscheidungsbefugnis der Oberverwaltungsgerichte im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, NJW 1961, S. 1612 ff.
Klein, Hans-Hugo - Kupfer, Hans-Wolfram:	Die einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gegen Hochschulsatzungen, Bemerkungen zu den Beschl. d. Hess. VGH v. 16.7.1969 und 13.11.1969, DÖV 1970, S. 73 ff.

Klickermann, Hans:	Anmerkung zum Beschl. d. II. Sen. d. BW VGH v. 30.6.1961 (II 543/61), BWVBl. 1961, S. 140 f.
Klinger, Hans:	Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, 3. Aufl., Göttingen 1954
ders.:	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 2. Aufl., Göttingen 1964
Klotz, Erhard:	Normenkontrolle nach § 47 VwGO und einstweilige Anordnung, DÖV 1966, S. 186 ff.
Knoll, Ernst:	Die einstweilige Anordnung. Betrachtungen zur Frage des vorläufigen Rechtsschutzes, besonders im verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren, Die Arbeiterversorgung 1961, S. 97 ff.
Koehler, Alexander:	Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Berlin, Frankfurt 1960
König, Hans-Günther:	Die Prüfung des Normenkontrollantrags nach § 47 VwGO vor dem Oberverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtshof), DVBl. 1963, S. 81 ff.
Kratzer, Jakob:	Sind Normenkontrollbeschlüsse revisionsfähig?, DÖV 1954, S. 44 ff.
Kretschmer, E.:	Die Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung im Verfahren vor dem Verfassungsgerichtshof, Justizblatt des Saarlandes 1961, S. 195 ff.
von Kupsch, Walter:	Die Bedeutung des § 40 VwGO für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, Würzburger Diss. 1965
Lammers, Hans-Heinrich:	Urteilsanmerkung, JW 1926, S. 376 f.
Lammers, Hans-Heinrich - Simons, Walter:	Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofs für das deutsche Reich und des Reichsgerichts auf Grund des Art. 113 Abs. II der Reichsverfassung, Bd. I bis V (Berlin 1929-1933), Bd. IV (Berlin 1939) (zit.: L/S)

Larenz, Karl:	Methodenlehre der Rechtswissenschaft, Enzyklopädie der Rechts- und Staatswissenschaft, Abt. Rechtswissenschaft, 2. Aufl., Berlin, Heidelberg, New York 1969
Lechner, Hans:	Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd., Berlin 1959
ders.:	Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kurzkommentar, 2. Aufl., München 1967
Leibholz, Gerhard:	Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne, Archives des Philosophie du droit et de Sociologie juridique, Bd. I, 1931, S. 217 ff.
ders.:	Der Status des Bundesverfassungsgerichts, Material - Gutachten, Denkschrift und Stellungnahmen mit einer Einleitung, JöR n.F Bd. 6 (1957), S. 109 ff.
ders.:	Die Stellung des Bundesverfassungsgerichts im Rahmen des Bonner Grundgesetzes, PVZ Bd. 3 (1962), S. 13 ff.
ders.	Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in Das Bundesverfassungsgericht 1951 - 1971, Karlsruhe 1971, S. 31 ff.
Leibholz, Gerhard - Rinck, Hans, Joachim:	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Kommentar an Hand der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, 3. Aufl., Köln-Marienburg 1968
Leibholz, Gerhard - Rupprecht, Reinhard:	Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Rechtsprechungskommentar, Köln-Marienburg 1968 mit Nachtrag 1971
Loewenstein, Karl:	Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin 1959
Lorenz, Dieter:	Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG v. 25.6.1968, DVBl. 1969, S. 144 ff.

Löwenthal, Martin:	Neues zur Staatsgerichtsbarkeit, RuPrVBl. 1930, S. 747 ff.
Lüke, Gerhard - Schröder, Hans:	Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, S. 41 ff.
Mang, Johann:	Anmerkung zu Georg Bitter, Baulinienplan und Suspensiveffekt, BayVBl. 1959, S. 373
ders.:	Bebauungsplan und Normenkontrolle, BayVBl. 1961, S. 273 ff.
Mang, Johann - Maunz, Theodor - Mayer, Franz - Obermayer, Klaus:	Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl., München 1964, 3. Aufl., München 1968
von Mangoldt, Hermann - Klein, Friedrich:	Das Bonner Grundgesetz, Kommentar, 2. Aufl., Berlin und Frankfurt 1957 ff.
Martin, Rudolph:	Einstweilige Verfügungen in Verwaltungsstreitverfahren, NJW 1956, S. 90 f.
Masson, Christoph:	Normenkontrolle durch Verwaltungsgerichtshof, BayVBl. 1957, S. 233 ff.
Maunz, Theodor:	Deutsches Staatsrecht, Ein Studienbuch, 17. Aufl., München 1969
Maunz, Theodor - Dürig, Günther - Herzog, Roman:	Grundgesetz, Loseblattkommentar, Lieferung 1-10, München und Berlin 1958 ff.
Maunz, Theodor - Sigloch, Heinrich - Schmidt-Bleibtreu, Bruno - Klein, Franz:	Bundesverfassungsgerichtsgesetz mit Nebengesetzen, Loseblattkommentar, Lieferung 1 und 2, München, Berlin 1967 (zit.: Maunz/Sigloch)
Maurer, Hartmut:	Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, in Tübinger Festschrift für Eduard Kern 1968

Mellwitz, Artur:	Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, München 1956 mit Ergänzungsband 1958
Menger, Christian-Friedrich:	System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes. Eine verwaltungsrechtliche und prozeßvergleichende Studie, Tübingen 1954 (zit.: Menger, System)
ders.:	Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd., Berlin 1959, S. 717 ff.
ders.:	Höchstrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht, VerwArch. 51, S. 64 ff. und 149 ff.; 53, S. 184 f.; 55, S. 73 ff. und 275 ff.; 56, S. 192 ff. und 288 ff.; 58, S. 379 ff.
Müller, Friedrich:	Rechtsschutz und objektive Rechtskontrolle. Zur Funktion der behördlichen Antragsbefugnis im Verfahren nach § 47 VwGO, BWVBl. 1968, S. 65 ff.
Müller, Hans-Werner:	Zur Normenkontrolle durch die Oberverwaltungsgerichte, DÖV 1965, S. 759 f.
Müller-Heidelberg, Klaus:	Aussetzung der Vollziehung und einstweilige Verfügung im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, NJW 1949, S. 814 f.
Müller, Thietmar:	Die Grenzen der einstweiligen Anordnung, Diss., Halle 1935
Naumann, Richard:	Vom vorbeugenden Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 391 ff.
Niedermayer, Herbert:	Verwaltungsgerichte am Steuer der hohen Politik, BayVBl. 1968, S. 128 ff.
Niemeyer, Hans Gerd:	Einstweilige Verfügungen des Weltgerichts-Hofes, ihr Wesen und ihre Grenzen, Leipzig 1932
Obermayer, Klaus:	Die verwaltungsgerichtlichen Klagen, BayVBl. 1960, S. 208 ff.

ders.:	Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL Heft 18 (1960), S. 144 ff., Mitbericht in den Verhdl. der Tagung der deutschen Staatsrechtslehrer zu Erlangen vom 7. bis 9.10.1959
ders.:	Verwaltungsprozeßrecht, in Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2. Aufl., München 1964, 3. Aufl., München 1968
ders.:	Grundzüge des Verwaltungsrechts und des Verwaltungsprozeßrechts, Stuttgart, München, Hannover 1964 (zit.: Obermayer, Grundzüge)
ders.:	Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle, DVBl. 1965, S. 625 ff. (zit.: Obermayer, Verfassungsrechtliche Aspekte)
ders.:	Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, in Gedächtnisschrift für Hans Peters, Berlin, Heidelberg 1967, S. 875 ff. (zit. Obermayer, Gedächtnisschr.)
Penzkofer:	Zum Verfahren beim Erlaß einstweiliger Anordnungen, BayVBl. 1964, S. 287 f.
Poetzsch-Heffter:	Zuständigkeiten des Staatsgerichtshofs, DJZ 1929, Sp. 1507 ff.
Pütz, Alfred:	Der Erlaß von einstweiligen Verfügungen durch den ständigen Internationalen Gerichtshof im Haag, Hamburger Diss. 1939
Quaritsch, Helmut:	Der Gegenstand des vorläufigen Rechtsschutzes im Verwaltungsprozeß, insbesondere des Verfahrens zur Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten, Hamburger Diss. 1957 (zit.: Quaritsch, Diss.)
ders.:	Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 51 (1960), S. 210 ff. und S. 342 ff. (zit.: Quaritsch)

Rambeck, Hans: Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, NJW 1961, S. 1333 ff.

Rasch, Ernst: Die Aussetzung der Vollziehung von Verwaltungsakten durch die Verwaltungsgerichte, DÖV 1952, S. 398 ff.

Redeker, Konrad - von Oertzen, Hans-Joachim: Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, 3. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1969, 4. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1971

Renck, Ludwig: Bundesrecht als Maßstabsrecht im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren?, DÖV 1964, S. 1 ff. (zit.: Renck, Bundesrecht als Maßstabsrecht)

ders.: Die verfahrensrechtlichen Möglichkeiten eines Rechtsschutzes bei Rechtsverletzungen unmittelbar durch Rechtsvorschriften, DÖV 1964, S. 651 ff. (zit.: Renck, Rechtsschutz)

ders.: Die Antragsbefugnis der Gerichte im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, BWVBl. 1964, S. 150 ff.

ders.: Verwaltungsgerichtlicher Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, JuS 1966, S. 273 ff.

Ringe, Karl: Zur Unterlassungs- und Beseitigungsklage bei Verwaltungsakten und einfachen Verwaltungshandlungen, DVBl. 1958, S. 378 ff.

Ritter, Kurt: Die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, Heidelberg 1930

Roellecke, Gerd: Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit. Über immanente Grenzen der richterlichen Gewalt des Bundesverfassungsgerichts, Heidelberg 1961

Rohmeyer, Hartwig: Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß und ihre Konsequenzen für die einstweilige Anordnung in Ermessens- und Beurteilungsangelegenheiten, Schriften zum Prozeßrecht Bd. 7, Berlin 1967

Rosenberg, Leo:	Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts, 9. Aufl., München und Berlin 1961, 10. Auflage fortgeführt von Karl Heinz Schwab, München 1969
Ruckdäschel, Oskar:	Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 1961, S. 675 ff.
Rupp, Hans Heinrich:	Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre, Tübinger Rechtswissenschaftliche Abhandlungen Bd. 15, Tübingen 1965 (zit.: Rupp, Grundfragen)
Schäfer, Hans:	Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Staatsbürger und Staatsgewalt, Jubiläumsschrift zum 100-jährigen Bestehen der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit, Bd. I, Karlsruhe 1963, S. 159 ff.
Schlitzberger, Egbert:	Einstweilige Anordnungen des Bundesverfassungsgerichts im Einzelinteresse, JR 1965, S. 404 ff.
Schmidt-Bleibtreu, Bruno - Klein, Franz:	Kommentar zum Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Neuwied-Berlin 1967
Schmitt, Carl:	Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931
Schmitt-Glaeser, Walter - Tschira, Oskar:	Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, BayVBl. 1970, S. 160 ff. und S. 203 ff.
Schoen, Xaver:	Die Normenprüfung durch den Verwaltungsgerichtshof, in Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 407 ff.
Schubnell, Hermann:	Die Gesellschaft der nächsten Generation, Beck'sche Schwarze Reihe Bd. 44, hrsg.v. Hans-Joachim Netzer, 2. Aufl. München 1969
Schüle, Adolf:	Das Problem der einstweiligen Verfügung in der deutschen Reichsstaatsgerichtsbarkeit, in Beiträge zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht, Berlin 1932

Schulte, Heinrich:	Eine Untersuchung über das Erkenntnisverfahren bei Arrest und einstweiliger Verfügung, in Beiträgen zum Zivilprozeß, Heft 8, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930
Schunck, Egon - de Clerck, Hans:	Verwaltungsgerichtsordnung mit ergänzenden Bundesgesetzen und Ausführungsgesetzen der Länder, Kommentar, 2. Aufl., Siegburg 1967
Schwab, Karl-Heinz:	Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, JuS 1965, S.81 ff.
Seuffert, Walter:	Die Verfassungsbeschwerde in der Verfassungsgerichtsbarkeit, in Das Bundesverfassungsgericht 1951 - 1971, Karlsruhe 1971, S. 159 ff.
Siegmund-Schultze, Gerhard:	Die vorläufige Vollziehung angefochtener Verwaltungsakte und Art. 19 Abs. IV Grundgesetz, Göttinger Diss. 1957
Simons, Walter:	Die Staatsgerichtsbarkeit. Nachtrag in Handbuch des Deutschen Staatsrechts, Bd. II, Tübingen 1932, S. 737 ff.
Spanner, Hans:	Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Wien 1951
ders.:	Bundesverfassungsgericht und freies Ermessen, BayVBl. 1958, S. 1 ff. und S. 38 ff.
ders.:	Grundsätzliche Fragen des Verordnungsrechts, BayVBl. 1962, S. 225 ff.
ders.:	Verfassungsprozeß und Rechtsschutzbedürfnis, in Festschrift für Hermann Jahrreis, Köln, Berlin, Bonn, München 1964, S. 411 ff. (zit.: Spanner, Rechtsschutzbedürfnis)

Spick, Hans:	Der vorläufige Rechtsschutz bei rechtsgestaltenden Verwaltungsakten, Kölner Diss. 1961
Stein, Friedrich - Jonas, Martin - Schönke, Adolf - Pohle, Rudolf:	Kommentar zur Zivilprozeßordnung, 18. Aufl., hrsg.v. Pohle, Tübingen 1956 (zit.: Stein/Jonas)
Stern, Klaus:	Gesetzesauslegung und Auslegungsgrundsätze des Bundesverfassungsgerichts, Münchner Diss. 1956
ders.:	Probleme der Errichtung eines Verfassungsgerichts in Berlin, DVBl. 1962, S. 696 ff.
ders.:	Verwaltungsprozessuale Grundprobleme in der öffentlich-rechtlichen Arbeit, JuS 1965, S. 139 ff., 183 ff., 232 ff., 270 ff., 306 ff., 355 ff.
Thomas, Heinz - Putzo,Hans:	Zivilprozeßordnung mit Gerichtsverfassungsgesetz und den Einführungsgesetzen, Kommentar, 4. Aufl., München 1970
Triepel, Heinrich:	Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern, in Festgabe für Wilhelm Kahl, Tübingen 1923
von Turegg, Kurt-Egon - Kraus, Erwin:	Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 4. Aufl., Berlin 1962
Tüttenberg, Hanns Paul:	Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, Mainzer Diss. 1968
Ule, Carl Hermann:	Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in Schriftenreihe der Hochschule Speyer Bd. 5, Tübingen 1950
ders.:	Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeßrecht, DVBl. 1959, S. 537 ff.

ders.:	Verwaltungsgerichtsbarkeit, Kommentar, in v. Brauchitsch/Ule, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd. I, 2. Halbbd., 2. Aufl., Köln, Berlin, München, Bonn 1962 (zit.: Ule, VwGO)
ders.:	Verwaltungsprozeßrecht, Studienbuch, 4. Aufl., München und Berlin 1966 (zit.: Ule, VPR)
Ulsamer, Gerhard:	Zur Verfassungsbeschwerde gegen Rechtsverordnungen und Satzungen, Anmerkung zur Entscheidung des BVerfG v. 3.11. 1966 und der Anmerkung Bachofs in NJW 1968, S. 1065, NJW 1968, S. 2042 ff.
Wach, Adolf:	Der Arrestprozeß in seiner geschichtlichen Entwicklung. Erster Theil: Der italienische Arrestprocess, Leipzig 1868
Weckerle, Lothar:	Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, Münchner Diss. 1967
Wiener, Alexander:	Das Badische Wasserrecht, Ergänzungsband zur 2. Aufl. des Badischen Wasserrechts von Schenkel, Karlsruhe 1913
Wieseler, Willi:	Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, Schriften zum öffentlichen Recht, Bd. 54, Berlin 1967
Wilken, Rainer:	Der Prüfungsmaßstab im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, Kieler Diss. 1967 (zit.: Wilken, Diss.)
ders.:	Rechtsschutz gegen Normen und verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, DVBl. 1969, S. 532 ff. (zit.: Wilken)
Wintrich, Josef - Lechner, Hans:	Die Verfassungsgerichtsbarkeit, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd., Berlin 1959, S. 643 ff.
Wolff, Hans Julius:	Verwaltungsrecht, Bd. I, Studienbuch, 6. Aufl., München und Berlin 1965 (zit.: Wolff, VwR I)

ders.:	Verwaltungsrecht, Bd. III, (Ordnungs- und Leistungsrecht, Verfahrens- und Prozeßrecht), München und Berlin 1966 (zit.: Wolff, VwR III)
Wolfram, Klaus:	Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO, Kölner Diss. 1967

EINLEITUNG

Eine der bedeutsamsten Neuerungen der bundeseinheitlichen Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 ist die im elften Abschnitt des Gesetzes enthaltene "Einstweilige Anordnung". Mit der Regelung des § 123 VwGO, der einzigen Vorschrift jenes Abschnittes, hat der Gesetzgeber einen langwährenden und aufwendig geführten Streit um die Zulässigkeit e.AOen im Verwaltungsprozeß beendet.

Die dogmatische Ausformung des Rechtsinstituts ist zur Zeit immer noch im Gange. Rechtswissenschaft und Rechtslehre haben zwar im Laufe der letzten Jahre eine Vielzahl von Problemen gelöst, andere harren aber nach wie vor ihrer Beantwortung.
Der Kreis der noch offenen Fragen umfaßt nicht nur Grenzen und Inhalt der richterlichen Anordnungsbefugnis im Verwaltungsprozeß, sondern - was nach erfolgter gesetzlicher Anerkennung verwundern mag - auch das Problem der Verwendbarkeit des Instituts durch den Verwaltungsrichter überhaupt.
So ist nach wie vor ungeklärt, ob - und gegebenenfalls in welchem Umfang - das Oberverwaltungsgericht oder der Verwaltungsgerichtshof eines Landes in einem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO von der Ermächtigung zu einstweiligen Anordnungen Gebrauch machen kann.

Dieses Problem hat sich die vorliegende Studie zum Gegenstand gemacht und die Aufgabe gestellt, das Institut der e.AO im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle näher zu beleuchten. Eine Thematik, die sowohl theoretischem als auch praktischem Interesse begegnen dürfte, da die von den Vorschriften der §§ 123 und 47 VwGO geregelte Materie an Bedeutung immer mehr zunimmt.

In einer Zeit, die auf allen Gebieten nach Temposteigerung

und Beschleunigung strebt, gewinnt das Institut der einstweiligen Anordnung als "prozessuale Soforthilfe" zusehends an Wichtigkeit. Die moderne Technik und der Organisationsgrad staatlicher wie privater Executive ermöglichen es, die Zeit zwischen Beginn und Ende der Ausführung eines Eingriffs in Rechtspositionen derart zu verkürzen, daß die Gegenwehr in einem ordentlichen Verfahren oft nur noch einen "Schuß übers Grab" darstellt.
Daneben darf nicht übersehen werden, daß gerade in einer Rechtsordnung, die dem Bürger theoretisch lückenlosen Rechtsschutz gewährleistet (Art. 19 Abs. IV), die Gefahr besonders groß ist, daß die Arbeitsüberlastung der Gerichte die Durchsetzung dieses Rechtsschutzes durch zeitliche Verzögerung in Frage stellt.

Speziell im öffentlich-rechtlichen Bereich hat auch im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle die Frage nach vorläufigem Rechtsschutz in dem Maße an Bedeutung gewonnen, in dem dieses Verfahren gemäß § 47 VwGO in den Blickpunkt des Interesses gerückt ist.

Die immer verwirrendere Verflechtung der Lebensverhältnisse in der arbeitsteiligen Industriegesellschaft, mit der damit verbundenen immer stärker in Erscheinung tretenden Interdependenz der Belange einzelner und der Gemeinschaft, haben den sogenannten "Gesetzgebungs- und Verwaltungsstaat" hervorgerufen.
In atemberaubendem Tempo nimmt dieser Staat ständig neue Lebensbereiche in den Griff. Die Normfülle wird unübersichtlicher, differenzierter und komplizierter. In dem Bestreben, die Gesetze nicht mit Detailregelungen zu überlasten und einen möglichst einfachen und schnellen Normsetzungsweg zu begehen, der den rasch wechselnden Verhältnissen Rechnung trägt, wird der Erlaß allgemeinverbindlicher Rechtssätze in zunehmendem Maße auf Organe der vollziehenden Gewalt übertra-

gen. Die Folge davon ist, daß eine Vielzahl von Verwaltungsorganen unterschiedlichster Provenienz allgemeinverbindliche Rechtssätze erläßt.
Da bei diesen Verordnungen und Satzungen die Verfahrensgarantien bei weitem nicht so ausgeprägt sind wie bei formellen Gesetzgebungsverfahren, und gerade in den unteren Verwaltungsbereichen oft nur unzureichende Rechtskenntnisse vorhanden sind, kommt der Möglichkeit zur Überprüfung derartiger Normen durch ein verwaltungsgerichtliches Normenkontrollverfahren eine gesteigerte Bedeutung zu. Gleichzeitig rückt aber auch die Möglichkeit einstweiliger Anordnungen im Rahmen dieses Verfahrens in einen zentralen Blickpunkt und präsentiert sich somit als untersuchenswerter Gegenstand.

Bei der Darstellung der Problematik soll eingangs untersucht werden, ob nicht etwa jedem gerichtlichen Verfahren - und damit auch der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle - die Befugnis zum Erlaß vorläufiger Maßnahmen immanent ist (Erster Abschnitt). Geschichte und gesetzliche Verbreitung e.AOen in den verschiedenen Verfahrensarten werden in diesem Zusammenhang wertvolle Aufschlüsse geben können.
Nach einer Stellungnahme zu den in Rechtsprechung und Lehre geäußerten Meinungen (Zweiter Abschnitt), soll die Frage der Zulässigkeit e.AOen im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens in einem eigenen Diskussionsbeitrag erörtert werden (Dritter Abschnitt).
Anschließend werden die Voraussetzungen und der Umfang einer eventuellen richterlichen Anordnungsbefugnis in diesem Bereich zu umreißen sein (Vierter Abschnitt). Zum Abschluß der Arbeit sollen die gewonnenen Erkenntnisse nochmals kurz zusammengefaßt dargestellt werden (Fünfter Abschnitt).

Erster Abschnitt

Geschichte und gesetzliche Anerkennung der vorläufigen richterlichen Regelungsbefugnis sowie ihr Verhältnis zur allgemeinen richterlichen Urteilsmacht

§ 1 Vorbemerkungen

Zu Beginn der Untersuchung soll der verschiedentlich vertretenen These nachgegangen werden, jedem Verfahren sei eine richterliche Befugnis zu vorläufig regelnden Maßnahmen zu eigen (§ 2, I.).
Geschichte (§ 2, II.) und gesetzliche Anerkennung (§ 2, III.) des Instituts der richterlichen Anordnungsbefugnis werden hilfreiche Aufschlüsse zur Klärung dieser Frage geben können.

In der Erkenntnis, daß obige These keine tragfähige Grundlage zur Lösung der hier gestellten Frage nach der richterlichen Interimsmacht im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens abgeben kann, ist die Problemstellung auf den Bereich dieser Verfahrensart zu konkretisieren (§ 2, IV.). Nach einer Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes (§ 3), kann dann die eigentliche Problematik in Angriff genommen werden (2. Abschnitt).

§ 2 Einstweilige Anordnungsbefugnis als notwendiger Inhalt der allgemeinen richterlichen Urteilsmacht

Wann immer die Zulässigkeit des Erlasses von e.AOen durch ein Gericht grundsätzlich umstritten war, wurde die These vertreten, die richterliche Anordnungskompetenz sei ohne Rücksicht auf eine eventuelle gesetzliche Regelung eine "der

Gerichtsgewalt innewohnende Befugnis" [1] und damit auf Grund eines allgemeinen Rechtsgedankens des Prozeßrechts jedem Gerichtsverfahren immanent.
Besondere Beachtung fand diese Behauptung in dem Streit um die Zulässigkeit vorläufiger Maßnahmen im Verfahren vor dem Reichsstaatsgerichtshof der Weimarer Republik aus der Feder Jerusalems [2], der die Befugnis zum Erlaß e.V en während des schwebenden Verfahrens als "Ausfluß und notwendigen Bestandteil jeder Gerichtsbarkeit" bezeichnete [3].
Zustimmung [4] und Ablehnung [5] dieses Standpunktes bildeten

---

1) Simons, Nachtrag zu Friesenhahn, Die Staatsgerichtsbarkeit, HdbDStR Bd. II, Tübingen 1932, Sp. 740.

2) Die Staatsgerichtsbarkeit, S. 184.

3) Grundsätzlich zum Gesamtkomplex: Schüle, Das Problem der einstweiligen Verfügung in der deutschen Reichsstaatsgerichtsbarkeit, Berlin 1932; Friesenhahn, Die Staatsgerichtsbarkeit, HdbDStR Bd. II, S. 523 (544 ff.); ders., Staatsgerichtshof und einstweilige Verfügung, RuPrVBl. 1932, S. 761 ff.; Häntzschel, Der Konflikt Reich-Thüringen in der Frage der Polizeikostenzuschüsse, AöR 59, S. 384 ff. (389 ff.); vgl. auch VerfGH Rh.-Pf. E v. 10.4.1953, ASOVG Rh.-Pf. 2, 271 ff. (274 ff.).

4) Soweit ersichtlich wurde diese These zuerst im Jahre 1805 von Gönner, Hdb.d.deutschen gemeinen Prozesses, S. 306 vertreten. In der Folge dann auch von: Fuchs JW 1924, S. 392 (m.d.zusätzl.arg. a maiore ad minus, vgl. Anm.8); Görres, Über die Bedeutung der einstweiligen Verfügung für das Verfahren vor den Gerichten des öffentlichen Rechts, JW 1929, S. 3360 (3361); Simons, a.a.O. (Voranm. 1); Niemeyer, Einstweilige Verfügungen des Welt-Gerichtshofs, ihr Wesen und ihre Grenzen, Leipzig 1932, S. 11 ff. (16 ff.); Pütz, Der Erlaß von einstweiligen Verfügungen durch den ständigen Internationalen Gerichtshof im Haag, Hamburger Diss. 1939, S. 10; Förster, Die einstweilige Verfügung und die vorbeugende Klage in der Verfassungsgerichtsbarkeit, Freiburger Diss., 1953, S. 66; Baring, Die einstweilige Verfügung im Verwaltungsstreitverfahren, ZBR 1954, S. 44 ff. (48); De Clerck, Einstweilige Anordnungen im Verwaltungsstreitverfahren, NJW 1956, S. 1337 ff. (1338); Eichhorn, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, Würzburger Diss., 1960, S. 135 ff. (143 und 204); ähnlich Quaritsch, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 51 (1960), S. 213; Ruckdäschel, (Fortsetzung)

in dieser Auseinandersetzung und auch späterhin einen wesentlichen Teil der Diskussion um die Zulässigkeit vorläufiger Maßnahmen. So wurde auch im Laufe des Streits um die Zulässigkeit e.AOen im Verwaltungsprozeß bis zur Regelung durch die Verwaltungsgerichtsordnung auf dieser Ebene diskutiert. [6]

Neuerdings spielen diese Überlegungen bei der Frage der Zulässigkeit e.V en im Verfahren der Sozialgerichtsbarkeit wieder eine Rolle. [7]

Fortsetzung:
Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, DÖV 1961, S. 675 ff. (684/686); Knoll, Die einstweilige Anordnung, Die Arbeiterversorgung 1961, S. 98 ff. (99 und 106); Haueisen, Lücken im System ..., NJW 1963, S. 321 ff. Tüttenberg, Die einstweilige Anordnung im verfassungsgerichtlichen Verfahren, Mainzer Diss., 1968, S. 14; ebenso die Verfassungsrechtsprechung des amerikanischen Supreme Court nach der Darstellung von Loewenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten, Berlin 1959, S. 466; vgl. auch Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, 1967, S. 3.

5) Hatschek, Deutsches und Preußisches Staatsrecht Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1930, S. 682 f.; Löwenthal, Neues zur Staatsgerichtsbarkeit, RuPrVBl. 1930, S. 747 ff. (749); Häntzschel, Der Konflikt Reich-Thüringen, a.a.O. (Voranm. 3), S. 395; Friesenhahn, RuPrVBl. 1932, S. 763 f.; ders., HdbDStR Bd. II, S. 544; Schüle, a.a.O. (Voranm. 3), S. 20; neuerdings wieder Rohmeyer, Geschichte und Rechtsnatur der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, Berlin 1967, S. 128; vgl. auch Thüring. StGH E v. 8.7.1929, Lammers/Simons 3, 238 deren wesentliche Gründe Becker, JW 1930, S. 13 wiedergibt; OVG Lüneburg, Beschl. v. 20.11. 1951, OVGE 5, 385 ff. (387/388).

6) So in Wiederaufnahme der These von Gönner, Fuchs, Görres usw. (vgl. die in Voranm. 4 Genannten): Förster a.a.O.; Baring a.a.O.; Eichhorn a.a.O. (alle Voranm. 4); OVG Lüneburg, Beschl.v. 28.6.1957, VerwRspr. 9, S. 881 (885); abl. z. B.: Frdr. Klein, Die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen in Verfahren vor den Verwaltungsgerichten der amerikanischen und britischen Besatzungszone sowie vor dem Bundesverfassungsgericht, DVBl. 1950, S. 200; Naumann, Urteilsanm. MDR 1954, S. 504; Ule, DVBl. 1959, S.537 ff.

7) Haueisen, Die einstweilige Anordnung im sozialgerichtlichen Verfahren, NJW 1959, S. 18; ders., Die einstweilige Anordnung im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit, MDR 1963, (Fortsetzung)

In einem anderen Gewand, im Kern aber inhaltsgleich, erscheint diese These in Form des argumentum a maiore ad minus von der Urteilsgewalt zur Regelungsbefugnis des Richters: Wenn der Richter schon zur endgültigen Sachentscheidung berufen sei, so könne er erst recht eine nur vorläufige Zwischenregelung treffen. Die umfassende Urteilsmacht enthalte auch die geringere Befugnis zum Erlaß vorläufiger Maßnahmen [8].

Angesichts dieser Sachlage verwundert es etwas, dieser Argumentationsweise in der Diskussion um die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren weder in der einen, noch in der anderen Form zu begegnen. Lediglich Quaritsch [9] läßt seine Auffassung von der "richterlichen Streitherrschaft", die durch e.AOen sicherzustellen sei, auch bei der Begründung der Zulässigkeit e.AOen im Verfahren nach § 47 VwGO anklingen, ohne sich aber ausdrück-

---

Fortsetzung:
S. 881; ders., Lücken im System..., NJW 1963, S. 321 ff. (322); Knoll, Die einstweilige Anordnung, Die Arbeiterversorgung 1961, S. 98 und 106.

8) So begründete vor allem der RStGH der Weimarer Republik seine Befugnis zu vorläufigen Regelungen in ständiger Rspr.: L/S 1, 212 (214) = RGZ 111, Anh. S. 21 ff. (Fischereihoheitsstreit, E v. 10.10.1925); L/S 1, 411 ff.; L/S 1, 156 = RGZ 122, Anh. S. 17 ff. (Biersteuerstreit, E v. 17.11.1928); L/S 2, 66 (72); L/S 2, 72 = RGZ 126, Anh. S. 1 ff. (Streit um Teilnahme preuß. Beamter am Volksbegehren, E v. 22./23.10.1929); L/S 2, 98 (99); L/S 2, 175 (176); L/S 4, 95 = RGZ 129, Anh., S. 28 ff. (Polizeikostenstreit, E v. 17./18.7.1930); L/S 5, 24 = RGZ 137, Anh. S. 65; L/S 5, 149 (152); L/S 5, 180 (184); L/S 5, 198 (200); L/S 6, 133 (136); ebenso der VerfGH v. Rh.-Pf., U v. 7.4.1961, ASOVG Rh.-Pf. 8, 224 ff. und das OVG Münster, Beschl. v. 27.1.1955, ZBR 1955, S. 124; Beschl. v. 22.4.1955, DVBl. 1955, S. 53 ff. (56); vgl. auch Görres, a.a.O. (Voranm. 4); widersprüchlich Quaritsch, S. 366.

9) A.a.O., S. 216: "Ein rechtshängiger Streit muß der Herrschaft des angerufenen Gerichts unterworfen sein, bis es endgültig über Recht und Unrecht entscheidet." Zustimmend: Ruckdäschel, S. 686; Knoll, S. 106.

lich auf sie zu berufen [10].

Dabei wäre es in der Tat müßig, diffizile positiv-rechtliche Begründungsversuche zu unternehmen, wenn die vorläufige Regelungsbefugnis wirklich nur einen Teil der umfassenden richterlichen Urteilsgewalt widerspiegelte.
Sollte nach dem Wesen der Rechtsprechung zu jeder Zuständigkeit in der Hauptsache begriffsnotwendig eine Anordnungskompetenz gehören, so könnte in der Qualifizierung der Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe als Organe der Rechtsprechung [11] schon allein die Legitimation zu e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren erblickt werden.

Trotzdem soll eine kritische Würdigung dieser These noch zurückgestellt werden, um eine möglichst breite Grundlage zu schaffen, von der aus eine Beurteilung zutreffend zu werden verspricht.
Diese Grundlage soll die Kenntnis der geschichtlichen Entwicklung des Instituts der e.AO sowie dessen gesetzmäßige Verbreitung vermitteln.
Gerade wenn auf überpositive Gegebenheiten, allgemeine Rechtsgedanken oder Gewohnheitsrecht verwiesen wird, kann die Geschichte und die Gesetzeslage in verschiedenen Rechtsordnungen über die Berechtigung der Thesen Aufschluß geben.

---

10) Quaritsch, S. 365 bis 367.

11) Die Stellung der VG, OVG und VGH als echte Gerichte i.S. v. Art. 92 GG bedarf angesichts der Regelung in § 1 VwGO keiner Erörterung mehr. Für die Zeit vor Inkrafttreten der VwGO vgl. z.B.: Menger, System, S. 58 ff. m.w.N.

§ 3 Geschichte der vorläufigen richterlichen Regelungsbefugnis

I. Ursprung richterlicher Interimsmacht

Die richterliche vorläufige Regelungsbefugnis kann im heute geltenden Recht unter anderem danach unterschieden werden, ob der Gefährdung eines Anspruchs begegnet werden soll, indem der status quo vor Veränderungen geschützt wird [12], oder ob ein streitiges Rechtsverhältnis, aus dessen Zustand ohne ein Eingreifen des Richters Gefahren für den Rechtsfrieden erwachsen können, geregelt werden soll [13].
Mit dieser begrifflichen Trennung von "Sicherungsanordnung" und "Regelungsanordnung" soll nicht die umstrittene Frage einer Typologie der einstweiligen Maßnahmen aufgeworfen werden. Diese Einteilung ergibt sich vielmehr aufgrund der geschichtlichen Entwicklung des Instituts und besteht ohne Rücksicht auf dogmatische Überlegungen [14].

1.) Die Sicherungsanordnung

Die Sicherungsanordnung hat - wie Rohmeyer [15] in seiner ausführlichen historischen Studie dargelegt hat - rechtsgeschichtlich die gleichen Wurzeln wie das zivilprozessuale Institut des Arrestes (§§ 916 ff. ZPO) [16].
Über das Institut des Arrestes läßt sich diese Form der e.AO

---

12) Vgl. etwa §§ 916, 935 ZPO u. 123 Abs. I, S. 1 VwGO.

13) Vgl. z.B. die §§ 940 ZPO, 32 BVerfGG, 123 Abs. I, S. 2 VwGO.

14) Dazu und im folgenden: Rohmeyer, Geschichte und Rechtsnatur der e.AO im Verwaltungsprozeß, 1967, S. 18 ff. Die dritte Spielart der "Leistungsanordnung" (Rohmeyer, S. 28 ff.) kann hier unberücksichtigt bleiben.

15) A.a.O., S. 21 f.

16) Zur Geschichte des Arrestes: Adolf Wach, Der Arrestprozeß in seiner geschichtlichen Entwicklung, Leipzig 1868; vgl. auch Rosenberg, Lehrbuch, 9. Aufl., S. 1087 ff.

bis auf das alte deutsche Selbsthilferecht zurückführen. Eine besondere Ausprägung der Selbsthilfe, die "eigenmächtige Pfändung", kann als frühester Vorläufer von Arrest und sichernder einstweiliger Verfügung angesehen werden. Von ihr führt ein direkter Weg bis zur heutigen zivilprozessualen Regelung dieser Materie.

Die langobardische Erscheinungsform der eigenmächtigen Pfändung fand in den Städten Oberitaliens ihre wesentliche Ausgestaltung zu einem geregelten Verfahren, das dann als sogenannter "italienischer Arrestprozeß" bei der Rezeption in den deutschen gemeinen Prozeß übernommen worden ist. Von dort führte unter dem aktuellen Eindruck des "Référé-Verfahrens" im französischen Code de procédure civile von 1806 [17] sein Weg in die partikularrechtlichen Kodifikationen der deutschen Staaten des 19. Jahrhunderts [18].
Von hier ist es dann nur noch ein Schritt über die verschiedenen Entwürfe zur Prozeßordnung in bürgerlichen Rechtsstreitigkeiten für den Norddeutschen Bund [19] und die Prozeßordnung für das Deutsche Reich [20] zu der heute geltenden

---

17) Code de Procédure Civile, Décret du 14.4.1806 (abgedruckt in: Les cinq codes; Trêves 1844), I.Part. livre V, titre XVI: "Des Référés" (art. 806 ff.).

18) Zuerst 1847 in H a n n o v e r (§§ 205 ff. d. "Allg. bürgerl. ProceßO f.d. Königreich Hannover" v. 4.12.1847, GS 1847, S. 383, 385 u.v. 8.11.1850, GS 1850, S. 341, §§ 519 ff.); dann 1864 in B a d e n (§§ 625 ff. d. CivilproceßO in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten f.d. Großherzogtum Baden v. 18.3.1864, Amtl. Ausg., Karlsruhe 1864); wenig später in W ü r t t e m b e r g (Art. 844 ff. d. CivilproceßO f.d. Königreich Württemberg v. 3.4.1868, Amtl. Handausg., Bd. II, Stuttgart 1868); schließlich in B a y e r n (Art. 605 ff. d. ProceßO in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten f.d. Königreich Bayern v. 1.2.1869, Amtl. Ausg. München 1869).

19) Entw. einer ProceßO in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten f. d. Norddeutschen Bund (Berlin 1869), §§ 701, 712; Vervollständigter Entw. (Berlin 1870), §§ 729, 740.

20) Entw. zur ZPO des preuß. Justizministeriums (Berlin 1871), (Fortsetzung)

Form der Sicherungsanordnung in § 935 ZPO [21].

2.) Die Regelungsanordnung

Die regelnde einstweilige Anordnung kann bis in das beginnende 13. Jahrhundert zurückverfolgt werden.
Im kanonischen Prozeß dieser Zeit nahmen die Richter die Befugnis in Anspruch, bei Besitzstreitigkeiten in Fällen drohender Gewaltanwendung statt des vorgeschriebenen Libellprozesses ein besonderes abgekürztes Verfahren einzuleiten. Im Rahmen dieses Sonderverfahrens konnte der Richter die beiden Parteien ex officio zu einem Beweisantritt laden und dann s o f o r t und e n d g ü l t i g den Besitzprozeß entscheiden [22]. Eine Übung, die sich deshalb als notwendig erwiesen hatte, weil die Adeligen immer häufiger dazu übergegangen waren, in Besitzstreitigkeiten nach altem Fehderecht ihre Leute unter Waffen zu stellen und gegeneinander zu Felde zu ziehen, anstatt die bestehenden Rechtsschutzverfahren auszunutzen [23]

Es bleibt jedoch zu beachten, daß bei diesem frühen Vorbild richterlicher Regelungsbefugnis keine "vorläufige Regelung"

Fortsetzung:
§§ 731, 736; Entw. II (1872), §§ 746, 751; Entw. III (1875), §§ 759, 764.
Zur Geschichte der verschiedenen Entw. vgl.: Rosenberg/Schwab, Lehrbuch, 10. Aufl., S. 21 ff.

21) Zivilprozeßordnung v. 30.1.1877 (RGBl. 1877, S. 83) i.d.F.v. 12.9.1950 (BGBl. 533).

22) Als Rechtsgrundlage für dieses bes. Verfahren diente die Digestenstelle D VII 1 "De usufructu..." 1.13, § 3, wo es heißt: "Sed si inter duos fructuarios sit controversia, Julianus .. scribit aequissimum esse quasi communi dividundo iudicium dari ...: cur enim, inquit Julianus, ad arma et rixam procedere patiatur praetor, quos potest iurisdictione sua componere ..." (Zit.n.: Corpus Iuris Civilis (11. Ausg.), Hrsg. Krüger, Mommsen, Berlin 1908, Bd. I, S. 129.

23) Vgl. d.v. Rohmeyer, S. 24, FN 35 zit. Fälle.

im technischen Sinne vorlag. Die Besitzstreitigkeiten wurden lediglich in einem besonderen, abgekürzten Prozeß an Stelle des Hauptverfahrens endgültig entschieden.
Auf dieser Grundlage entstand jedoch später im weltlichen italienischen Recht das Institut des sog. "possessorium summarissimum", das als direkter Vorläufer der heutigen Regelungsanordnung gewertet werden kann [24].
In Anlehnung an die oben erwähnte kanonische Rechtsprechung entwickelte sich dort der Satz, daß im Besitzstreit die richterliche Kompetenz die Möglichkeit beinhalte, auf Antrag für die Dauer des Hauptverfahrens nach kurzer,"summarischer" Prüfung den Besitzstand ganz allgemein zu regeln und gegen Beeinträchtigungen zu schützen. Dies war auch dann möglich, wenn keine unmittelbare Waffengewalt drohte.

Damit war der entscheidende Schritt zur vorläufigen Regelung auf Prozeßdauer getan. Der Richter entschied nun nicht mehr in einem Sonderverfahren an Stelle des normalen Verfahrens, sondern in einem Nebenverfahren, in dem auf Grund einer kurzen "summarischen" Prüfung nur eine vorläufige - für die Dauer der Litispendens verbindliche - Regelung getroffen werden konnte.

Dieser direkte Vorläufer richterlicher Regelungsbefugnis wurde dann im Rahmen der Rezeption in den deutschen gemeinen Prozeß übernommen und bis zum Ende des 18. Jahrhunderts unverändert beibehalten.

Erst im Schrifttum des beginnenden 19. Jahrhunderts wurde der Übergang von dem auf Besitzstreitigkeiten beschränkten

---

24) Rosenberg, Lehrbuch, 9. Aufl., S. 1103; Stein/Jonas/Schönke, ZPO, § 940 Anm. I; Rohmeyer, S. 25, m.w.N.

Institut des possessorium summarissimum zu dem allgemeinen Institut richterlicher Anordnungsmacht, das zum Eingriff in Rechtsverhältnisse aller Art berechtigt, vollzogen [25].

Schon in dieser Phase findet sich zur Rechtfertigung solch allgemeiner richterlicher Regelungsbefugnis der Gedanke, daß die Anordnungsbefugnis jedem Verfahren immanent sei, weil der Zeitraum rechtlicher Ungewißheit während der Prozeßdauer typischerweise in jedem Prozeß auftreten könne und deshalb in allen Prozeßarten mit Hilfe vorläufiger Maßnahmen überbrückt werden müsse [26].

Diese Überlegungen fanden Mitte des 19. Jahrhunderts in den Prozeßgesetzen der deutschen Teilstaaten als "allgemeine Regelungsanordnung" erste gesetzliche Anerkennung [27] und wurden dann in die Entwürfe zur Zivilprozeßordnung [28], schließlich in deren Gesetz gewordene Fassung vom 30. Januar 1877 [29] in der noch heute geltenden Formulierung des § 940 ZPO aufgenommen.

---

25) Gönner, Hdb.d. deutschen gemeinen Processes, Bd. IV, 2. Aufl., Erlangen 1805, S. 291 ff.; Rohmeyer, S. 26, m.w.N. in Anm. 49.

26) So schon Gönner, a.a.O., S. 306.

27) Hannoversche Prozeßordnungen v. 1847 u. 1850; Badische ProzeßO v. 1864; Württembergische ProzeßO v. 1868; Bayerische ProzeßO v. 1869. (Alle a.a.O., Voranm. 18, S. 10). Vgl. auch § 823 d. Entw. einer ProceßO in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten für den Preuß. Staat v. 1864 (Berlin 1864).

28) Entw. f.d. Norddeutschen Bund v. 1869 und 1870, vgl. Voranm. 19; Entw. I (1871), II (1872) u. III (1875) zur ZPO, vgl. Voranm. 20.
Zur Geschichte der verschiedenen Entw.: Rosenberg/Schwab, Lehrbuch, 10. Aufl., S. 21 ff.

29) RGBl. 1877, S. 83.

3.) Die richterliche Interimsmacht, eine zivilprozessuale Schöpfung

Der Rückblick hat deutlich gemacht, daß sowohl die Sicherungsanordnung, als auch die Regelungsanordnung "ein Kind des zivilgerichtlichen Verfahrens" ist [30].
Von der alten deutsch-rechtlichen "eigenmächtigen Pfändung", bzw. dem Sonderverfahren im kanonischen Prozeß, führt ein direkter, ununterbrochener Weg zu der Regelung in den §§ 916, 935, 940 ZPO. Auf diesem Weg hat das Institut der richterlichen Regelungsbefugnis seine wesentliche Ausformung erfahren, sodaß - von der zivilrechtlichen Herkunft des Instituts beeindruckt - verschiedentlich schon die Auffassung vertreten wurde, daß vorläufige richterliche Regelungen außerhalb der Zivilgerichtsbarkeit überhaupt nicht zulässig sein könnten [31].

Inwieweit die historische Entwicklung der richterlichen Interimsmacht für oder gegen die These spricht, diese Befugnis sei ein Teil der umfassenden richterlichen Urteilsmacht aller Verfahrensarten, kann an dieser Stelle noch dahinstehen. Ein Blick auf die geschichtliche Entwicklung des Instituts innerhalb der übrigen Verfahrensarten soll zuvor weitere Klärung verschaffen.

---

30) Rohmeyer, S. 33.
Dasselbe gilt übrigens für die hier nicht zu behandelnde Leistungsanordnung; vgl. dazu bei Rohmeyer, S. 28 bis 32.

31) So z.B. der VerfGH Rh.-Pf., E v. 10.4.1953, ASOVG Rh.-Pf. 2, 271 (282); anders aber dann im U v. 7.4.1961, ASOVG Rh.-Pf. 8, 224.

II. Entwicklung der richterlichen Interimsmacht außerhalb der Zivilgerichtsbarkeit

1.) Im Strafprozeß

Im strafprozessualen Verfahren fehlt es an einem der Sicherungs- und Regelungsanordnung unmittelbar entsprechenden Institut. Die im Strafprozeß vor allem zur Beweissicherung entwickelten Maßnahmen können nur sehr bedingt mit den hier zu behandelnden Befugnissen verglichen werden [32], sodaß die Verfolgung ihrer geschichtlichen Entwicklung keinerlei wesentliche Aufschlüsse für das gestellte Thema zu geben vermag.

2.) In der Verfassungsgerichtsbarkeit

Außerhalb der ordentlichen Gerichtsbarkeit sind vorläufige richterliche Maßnahmen zum Schutze von Rechtspositionen oder zur Regelung eines Zustandes zuerst im Verfassungsprozeß anerkannt worden.

a) Entwicklung bis zu Beginn des 20. Jahrhunderts

Schon in den Bestimmungen der Reichskammergerichtsordnung aus dem Jahre 1555 über das "possessorium summarissimum [33] können richterliche Regelungsbefugnisse gesehen werden, die in etwa mit unserem heutigen Begriff von diesem Institut vergleichbar sind [34].

---

32) Vgl. dazu unten: 1. Abschn. § 4, III.

33) Augsburger Cammergerichtsordnung v. 1555 (abgedruckt bei Friedrich Bergmann, Corpus iuris iudicarii civilis germanici academicum, Hannover 1819, S. 119 ff.), 2. Teil, Titel XXI, § 3.

34) So auch Förster, S. 32 ff.; Gebhardt, S. 1; Rohmeyer, S. 40; Tüttenberg, S. 22.

Ausdrücklich positiv-rechtlich anerkannt wurde die verfassungsgerichtliche Regelungsbefugnis jedenfalls im Jahre 1817 in einer Mecklenburger Verordnung "über die Mittel und Wege, um bei streitigen Fällen in Angelegenheiten, welche die Landesverfassung betreffen, zur rechtlichen Entscheidung zu gelangen" [35]. Dieses Gesetz ermächtigte den Richter bei Besitzstreitigkeiten im Verfassungsrecht "... ein Inhibitorium zur Erhaltung des vorigen status quo oder ein angemessenes Interimisticum ..." zu erlassen.
Etwas später wurde in den Schlußakten der Wiener Ministerkonferenz vom 15.5.1820 der Bundesversammlung des Deutschen Bundes in Art. XVIII das Recht eingeräumt, bei drohenden Tätlichkeiten unter den Mitgliedern des Bundes vorläufige Maßnahmen zu deren Verhinderung zu ergreifen. Wenn in diesem Falle auch keine gerichtliche Instanz ermächtigt war, so kann man in diesen Maßregeln doch zumindest einen Vorläufer heutiger verfassungsgerichtlicher Anordnungsbefugnis sehen [36].
Ähnliche Befugnis enthält auch Art. 76 Abs. I der Reichsverfassung vom 16.4.1871 [37], der den Bundesrat (auf Antrag) zur Entscheidung von Verfassungsstreitigkeiten berief [38].

---

35) Mecklbg. VO v. 28.11.1817, Art. X (zit. n. Friesenhahn, Staatsgerichtshof und einstweilige Verfügung, RuPrVBl. 1932, S. 761 ff. (766).

36) Tüttenberg, S. 23.

37) RGBl. 1871, S. 64.

38) Vgl. dazu: Gebhardt, S. 4; a.A.: Tüttenberg, S. 25, der im Anschluß an Förster, S. 14 dem BR nur ein Recht zum gütlichen Ausgleich, aber keine Entscheidungsbefugnis - sei sie endgültig oder vorläufig - zubilligt.

b) Rechtslage auf Grund der Weimarer Verfassung von 1919

In der Zeit der Weimarer Republik war es außerordentlich umstritten, ob der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich vorläufige Regelungen in Verfassungsstreitverfahren erlassen könne. Weder die Verfassung vom 11.8.1919 noch das Gesetz über den Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich [39] enthielten Bestimmungen über die Zulässigkeit von einstweiligen Verfügungen. Auch die Geschäftsordnung vom 20.9.1921 [40], der das StGH-Gesetz, soweit es nicht selbst eine Regelung vorsah, die gesamte verfahrensrechtliche Ausgestaltung überließ, enthielt hierzu keinerlei Vorschriften [41].

Trotz dieser Gesetzeslage nahm der Staatsgerichtshof die Kompetenz zum Erlaß vorläufiger Maßnahmen in ständiger Rechtsprechung für sich in Anspruch [42].
Bezeichnenderweise erging die erste einschlägige Entscheidung des Gerichts wiederum zu einer verfassungsrechtlichen Besitzstreitigkeit [43], die schon im 13. Jahrhundert den Anlaß gegeben hatte, erste Vorläufer der heutigen Regelungsanordnung herauszubilden [44].

Interessant ist diese erste Entscheidung zur vorläufigen Regelungsbefugnis des Verfassungsrichters vom 10.10.1925

---

39) V. 9.7.1921, (RGBl. 1921, S. 905).

40) V. 20.9.1921, (RGBl. 1921, S. 1535).

41) § 8 GeschäftsO verwies zwar auf eine Reihe von Verfahrensvorschriften der ZPO, aber nicht auf die Bestimmungen über e.VOen der §§ 935, 940 ZPO.

42) Vgl. Voranm. 8, 1. Abschn., § 2, S. 8.

43) E v. 10.10.1925 in dem Streit zwischen dem Land Lübeck gegen das Land Mecklenburg-Schwerin wegen Ausübung der Fischereihoheit und der Schiffahrtspolizeirechte in der Travemünder Bucht, RGZ 111, Anh. S. 21 ff. = L/S 1, 212 (214).

44) Vgl. oben: 1. Abschn., § 3, I., 2., und Anm. 23.

auch aus einem weiteren Gesichtspunkt: Schon hier vertrat der StGH die eingangs zur Diskussion gestellte These, die richterliche Urteilsmacht umschließe auch die Befugnis zu vorläufig regelnden Maßnahmen. Wenn ein Richter schon zur endgültigen Sachentscheidung berufen sei, so könne er erst recht eine nur vorläufige Zwischenregelung treffen. Die Ermächtigung zum Erlaß e. Ven sei also - a maiore ad minus - als die geringere Spruchmacht in der allgemeinen richterlichen Urteilsmacht enthalten [45].

In dem zweiten und zugleich letzten Fall, in dem der StGH eine e.V erlassen hat - dem sog. "Biersteuerstreit" - [46] setzte das Gericht die Zulässigkeit e.AOen schon als gegeben voraus, genauso wie in den übrigen Entscheidungen, in denen die Anträge auf Erlaß e.V en entweder aus materiellrechtlichen Gründen [47] zurückgewiesen wurden, oder sich durch die Hauptsachentscheidung [48] oder in sonstiger Weise [49] erledigten.

---

45) E v. 10.10.1925 a.a.O.: "Sind die Parteien ... der Gerichtsbarkeit ... in der Weise unterworfen, daß ein durch die Entscheidung des Reichsstaatsgerichtshofs angeordneter Zustand auf die Dauer zwangsweise herbeigeführt werden kann, so ist nicht einzusehen, weshalb der RStGH nicht auch zu einer vorläufigen Regelung befugt sein soll, wenn sie aus besonderen Gründen erforderlich ist. Einer ausdrücklichen Ermächtigung durch den Gesetzgeber bedurfte es hierzu nicht."

46) E v. 17.11.1928, RGZ 122, Anh. S. 17 ff. = L/S 1, 156.

47) L/S 1, 411 ff.; 2, 72 = RGZ 126, Anh. S. 1 ff. (Teilnahme preuß. Beamter am Volksbegehren, E v. 22./23.10. 1929); 2, 98 (99); 2, 175 (176); 4, 95 = RGZ 129, Anh. S. 28 ff. (Thüringen gegen das Deutsche Reich wegen Polizeikostenzuschüsse, E v. 17./18.7.1930); 5, 24 = RGZ 137, Anh. S. 65; 5, 180 (184); 5, 198 (200); 6, 133 (136).

48) L/S 2, 66 (72).

49) L/S 5, 149 (152).

Die Rechtsprechung der Landesverfassungsgerichte ist dem Reichsstaatsgerichtshof jedoch nicht gefolgt.
Der Thüringische Staatsgerichtshof [50] verneinte mangels einer ausdrücklichen gesetzlichen Ermächtigung seine Kompetenz zu vorläufigen Regelungen, die seiner Ansicht nach auch immer der Endentscheidung irgendwie vorgreifen würden.

Der Bayerische Staatsgerichtshof hatte zunächst ebenfalls eine gesetzliche Ermächtigung vermißt [51], in späteren Entscheidungen aber die Zulässigkeit dahingestellt sein lassen [52].

Die Entscheidungen wurden im Schrifttum mit außerordentlicher Heftigkeit diskutiert [53]. Hierbei reichte die Skala der Meinungen von entschiedener Ablehnung [54] bis zur vorbehaltlosen Zustimmung [55]. Die Hauptargumente im Für und

---

50) L/S 3, 331 (333), m.abl.Anm.v. Emig, JW 1931, S. 761 ff.

51) L/S 3, 238.

52) L/S 5, 227 (228); 5, 245 (246).

53) Überblick bei Schüle, S. 7 ff.; Förster, S. 18 ff.; Gebhardt, S. 6 und vor allem Tüttenberg, S. 29.

54) Gegen die Befugnis zum Erlaß e.VOen durch den Verfassungsrichter haben sich ausgesprochen: Jahn, JW 1930, S. 1160 (1162); Häntzschel, AöR n.F 20, S. 389 (391/397); Friesenhahn, HdbDStR Bd. II, S. 544 und RuPrVBl. 1932, S. 761 bis 764; Löwenthal, RuPrVBl. 1930, S. 748; Hatschek, Deutsches und Preuß. Staatsrecht, Bd. II, 2. Aufl., Berlin 1930, S. 682; Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, Tübingen 1931, S. 32.

55) So der ganz überwiegende Teil der Literaturstimmen, die zumindest im Ergebnis die Rspr.d. StGH gebilligt haben: Lammers, JW 1926, S. 376; Heinsheimer, JW 1926, S. 378; Giese, DJZ 1929, S. 128 (132); Linz, DJZ 1929, S. 196 (200); Poetzsch-Heffter, DJZ 1929, S. 1507; Görres, JW 1929, S. 3361; Merk, AöR n.F 19, S. 83 ff. (109); Ritter, Die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich, Heidelberg 1930, S. 65; Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit, S. 184; Koellreutter, AöR n.F 20, S. 97; Simons, HdbDStR Bd. II, Nachtr. zu Friesenhahn, Sp. 740; Schüle Das Problem der e.V in der deutschen Reichsstaatsge-
(Fortsetzung)

Wider der Diskussion hat Tüttenberg [56] in übersichtlicher Form zusammengestellt. Der Streit um die These von der e.V als Bestandteil eines jeden gerichtlichen Verfahrens nimmt dabei keinen geringen Raum ein.

c) Entwicklungsstand unter der Herrschaft des Grundgesetzes

Die Auseinandersetzung der Weimarer Zeit hat in der Bestimmung des § 32 BVerfGG vom 12. März 1951 eine späte Entscheidung zugunsten der Auffassung des Reichsstaatsgerichtshofs gefunden. In dieser Vorschrift des II. Teils des Gesetzes wurde im wesentlichen die zivilprozessuale Regelung übernommen und als "Allgemeine Verfahrensvorschrift" für alle Verfahren vor dem BVerfG eingeführt.
Damit war die verfassungsgerichtliche e.AO nach langem heftigem Streit endlich zum selbstverständlichen Bestand der Rechtsprechung auch in diesem Bereich geworden.

3.) In der Verwaltungsgerichtsbarkeit

Obwohl vorläufige Maßnahmen im zivilprozessualen Verfahren seit dem Mittelalter bekannt sind und auch im Verfassungsrecht auf einer gewissen Tradition fußen, haben sie sich im deutschen Verwaltungsprozeß verhältnismäßig spät durchsetzen können. Praktisch wurde das Institut erst mit der Verwaltungsgerichtsordnung von 1960 zum unbestrittenen Verfahrensinstrument in diesem Bereich.
Diese späte Anerkennung beruhte zum einen auf der Tatsache, daß der Verwaltungsprozeß als der jüngste Sproß in der Familie der großen Verfahrensarten sich erst spät von der verwaltungsinternen Verwaltungskontrolle durch die Executive

---

Fortsetzung:
richtsbarkeit, S. 74; Glum, ZaöRuVR 1929, S. 470; Flad, Verfassungsgerichtsbarkeit und Reichsexekution, Heidelberg 1929, S. 113.

56) A.a.O., S. 29 bis 32.

lösen konnte. Zum anderen war in diesem Bereich die Notwendigkeit eines vorläufigen Rechtsschutzes nic so dringend wie innerhalb der übrigen Verfahrensarten. Das im Verwaltungsprozeß schon frühzeitig eingeführte Institut des Suspensiveffektes löste in der anfänglich fast ausschließlich e i n g r e i f e n d e n Verwaltung weitgehend alle Rechtsschutzprobleme, die durch die Zeiträume rechtlicher Ungewißheit während der Prozeßdauer entstehen konnten [57]. Aus diesem Grund spielte die Frage der Zulässigkeit e.AOen im Verwaltungsprozeß lange Zeit kaum eine Rolle.

a) Entwicklung bis zum Jahre 1945

Die Länder P r e u ß e n [58], B a y e r n [59], B a -

57) Zu der frühzeitigen Einführung der aufschiebenden Wirkung von Rechtsmitteln in den Verwaltungsverfahren der deutschen Teilstaaten vgl.: Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, Berlin 1967, S. 95 bis S. 118; s. auch Rohmeyer, S. 47 ff.

58) § 53 d. Gesetzes über die allg. Landesverwaltung v. 30.7.1883 (GS S. 195), der da lautete: "Die Anbringung der Beschwerde sowie der Klage bzw. des Antrags auf mündliche Verhandlung im Verwaltungsstreitverfahren hat, sofern nicht die Gesetze anderes vorschreiben, aufschiebende Wirkung. - Verfügungen, Bescheide und Beschlüsse können jedoch, auch wenn dieselben ... angefochten sind, zur Ausführung gebracht werden, sofern letztere nach dem Ermessen der Behörde ohne Nachteil für das Gemeinwesen nicht ausgesetzt bleiben kann ...". Vgl. dazu: Berner, v. Brauchitsch, Verwaltungsgesetze für Preußen, Bd. I (24. Aufl.), § 53 Landesverwaltungsgesetz Anm. 1; ausführlich zur Geschichte: Wieseler, S. 97 ff. und Siegmund-Schultze, S. 8 bis S. 27.

59) Art. 24 d. Gesetzes betr. die Errichtung eines VGH u. das Verfahren in Verwaltungssachen v. 8.8.1878 (GVBl. 1878 S. 369). SE nur wenn bereits ein VG entschieden hatte und dagegen ein Rechtsmittel eingelegt wurde. Einzelheiten bei Dyroff, BayVGG Art. 24 Anm. 1 u. 2; s. auch Siegmund-Schultze, S. 33 ff.

d e n [60] und S a c h s e n [61] hatten im Laufe der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts, die Länder O l - d e n b u r g [62], C o b u r g - G o t h a [63], T h ü - r i n g e n [64], H a m b u r g [65] und B r e m e n [66] Anfang des 20. Jahrhunderts den grundsätzlichen Suspensiveffekt eingeführt und damit einen wesentlichen Grund geschaffen, der die Entstehung des Instituts der verwaltungsgerichtlichen e.AO hinderte.
Dagegen hatte H e s s e n [67] die aufschiebende Wirkung nur in gesetzlich vorgesehenen Einzelfällen gewährt, während in W ü r t t e m b e r g [68] dies nur im Rechtsbe-

---

60) In Baden, das unter dem Einfluß französischen Gedankengutes als erster deutscher Teilstaat " V e r w a l - t u n g s g e r i c h t e " i.V.m. der Selbstverwaltung eingeführt hatte (Gesetz v. 5.10.1863, Reg.Bl. 1863, D. 399), war der SE in § 80 der VollzugsVO zum Gesetz über die Organisation der inneren Verwaltung v. 12.7.1864 (GVBl. 1864, S. 333) geregelt; vgl. Wieseler, S. 103/104 und Siegmund-Schultze, S. 27-29.

61) § 84 d. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege v. 19.7.1900 (GVBl. 1900, S. 486); dazu Siegmund-Schultze, S. 36-38.

62) § 59 d. Gesetzes betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 9.5.1906 (Oldbg.GBl. Bd. 35, S. 693); dazu Kammer, Kurzbeitrag, DVBl. 1950, S. 589.

63) § 9 d. Gesetzes zur Ausführung des Staatsvertrages v. 15.12.1910/1.4.1912 und der Errichtung eines gemeinschaftlichen Obersten Verwaltungsgerichts v. 18.2.1913, (GS Nr. 841).

64) Landesverwaltungsordnung für Thüringen v. 10.6.1926, § 117 Abs. I (GS 1926, 177) i.d.F.v. 22.7.1930 (GS 1930, 123); vgl. dazu Wieseler, S. 108.

65) § 45 d. Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 2.11.1921 (GVBl. 1921, S. 585); dazu Wieseler, S.107.

66) § 52 d. Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 6.1.1924 (GBl. 1924, S. 23); dazu vgl. Wieseler, S.108.

67) Art. 67 Abs. III, 80 Abs. V des Gesetzes betr. die innere Verwaltung und Vertretung der Kreise und der Provinzen v. 12.6.1874 (Reg.Bl. 1874, S. 251); vgl. dazu Siegmund-Schultze S. 30 und Wieseler, S. 104.

68) Gesetz über die Verwaltungsrechtspflege v. 16.12.1876 (Fortsetzung)

schwerdeverfahren auf Antrag im Wege besonderer richterlicher Anordnung geschehen konnte.
In den Ländern S a c h s e n - A l t e n b u r g [69], S c h w a r z b u r g - R u d o l s t a d t [70] und S c h w a r z b u r g - S o n d e r s h a u s e n [71] bestand keine gesetzliche Notwendigkeit für den Eintritt des Suspensiveffektes; hier konnte er lediglich nach behördlichem Ermessen durch Verwaltungsakt gewährt werden.

Die Feststellung, daß vor allem die Existenz des Suspensiveffektes die Entwicklung vorläufiger Regelungsbefugnis durch den Verwaltungsrichter hemmte, wird durch die Tatsache erhärtet, daß die richterliche Interimsmacht - wenn sie überhaupt bekannt war - nur in den Ländern anerkannt war, in denen die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln nicht oder nur unvollkommen ausgebildet war.
Unter diesem Aspekt ist auch das - soweit ersichtlich - erste Beispiel eines der heutigen e.AO entsprechenden Rechtsinstituts zu sehen, das im Jahre 1879 in Württemberg eingeführt worden war.
Der Möglichkeit des Verwaltungsgerichtshofes von Württemberg für Zwangsvollstreckungen aus öffentlich-rechtlichen

---

Fortsetzung:
(Reg.Bl. 1876, S. 485), Art. 63 Abs. II für die Rechtsbeschwerde zum VGH.

69) § 6 d. Ausführungsgesetzes zum Staatsvertrag über die Errichtung eines gemeinsamen obersten Verwaltungsgerichts v. 8.3.1912 (GS 1912, S. 46): SE im Ermessen der B e h ö r d e (!).

70) § 9 Ausführungsgesetz zum Staatsvertrag ... v. 27.9. 1912 (GS 1912, S. 233): SE im Ermessen der Behörde.

71) § 45 d, Gesetzes betr. die Verfahren vor den Bezirksverwaltungsgerichten und dem Landesverwaltungsgericht v. 12.10.1912 (GS 1912, S. 727): SE im Ermessen der Verwaltungs b e h ö r d e .

Ansprüchen e.V en zu erlassen [72], stand auf der anderen Seite der fehlende Suspensiveffekt bei Rechtsbeschwerden gegenüber. Wie vorne festgestellt, konnte die aufschiebende Wirkung lediglich im Einzelfall auf Antrag durch besondere richterliche Anordnung eingeräumt werden. Das Herzogtum Sachsen-Coburg-Gotha, das im Jahre 1899 dem Beispiel Württembergs folgend ebenfalls die Befugnis zum Erlaß verwaltungsgerichtlicher e.V en eingeführt hatte [73], verzichtete bezeichnenderweise in dem Augenblick wieder auf diese Rechtsschutzmöglichkeit, als der allgemeine Suspensiveffekt eingeführt worden war [74].

Nicht anders war es im Großherzogtum Hessen, das im Jahre 1911 den Verwaltungsrichter zum Erlaß e.V en ermächtigte, um auf diesem Weg, die von dem nur in Einzelfällen gewährten Suspensiveffekt belassenen Lücken zu schließen [75].

Einzig und allein im Großherzogtum Oldenburg war neben dem grundsätzlich eingeführten Suspensiveffekt auch das Institut der e.V anerkannt [76].

Das Fürstentum Schwarzburg-Sondershausen, das als letztes

---

72) Art. 6 d. Gesetzes über die Zwangsvollstreckung wegen öffentl.-rechtl. Ansprüche v. 18.8.1879 (Reg.Bl. 18979, S. 202) i.d.F.v. 20.7.1921 (Reg.Bl. 1921, S. 357) und d. Gesetzes v. 6.9.1927 (Reg.Bl. 1927, S. 291), sowie der VO v. 26.3.1924 (Reg.Bl. 1924, S. 173); vgl. dazu: Quaritsch, S. 211.

73) § 24 d. Gesetzes v. 14.11.1899 (GS 1899, S. 583); dazu: Quaritsch S. 211.

74) Im Zuge der Errichtung eines gemeinsamen obersten Verwaltungsgerichts zusammen mit Thüringen im Jahre 1913, vgl. Voranm. 63.

75) Art. 69 d. Gesetzes die Verwaltungsrechtspflege betr. v. 8.7.1911 (Reg.Bl. 1911, S. 265) i.V.m. dem Gesetz betr. die innere Verwaltung v. 12.6.1874 (Reg.Bl. 1874, S. 251); dazu Siegmund-Schultze, S. 31; Rohmeyer, S. 54; Voranm. 67.

76) §§ 62 ff. d. Gesetzes betr. die Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 9.5.1906 (Oldbg.GBl., Bd. 35, S. 693 ff.); dazu: Voranm. 62 und Quaritsch, S. 211 m.w.N.

Beispiel für richterliche Interimsbefugnisse in der Verwaltungsgerichtsbarkeit angeführt werden kann, ließ e.AOen durch den Vorsitzenden des Verwaltungsgerichts [77] wiederum nur deshalb zu, weil ein Rechtsschutz über einen automatisch eintretenden Suspensiveffekt nicht vorgesehen war [78].
Die übrigen deutschen Länder beschränkten sich auf die aufschiebende Wirkung von Rechtsmitteln und schlossen sich damit dem Vorbild Preußens an, das in seinem Gesetz über die allgemeine Landesverwaltung keine vorläufige richterliche Regelungsbefugnis aufgenommen hatte und den Suspensiveffekt als ausreichenden vorläufigen Rechtsschutz betrachtet hatte. Teilweise war den Verwaltungsgerichten der deutschen Länder der Erlaß vorläufig regelnder Maßnahmen sogar ausdrücklich verboten, wie dies z.B. in Bayern [79] und Sachsen [80] der Fall war.

Nach alldem kann nicht davon gesprochen werden, daß das Institut der richterlichen vorläufigen Anordnungsbefugnis in der deutschen Verwaltungsgerichtsbarkeit von Anfang an anerkannt gewesen sei. Es ist vielmehr deutlich geworden, daß gerade in diesem Bereich des Verfahrensrechts der Schwebezustand während der Prozeßdauer grundsätzlich nicht durch die richterliche Anordnungsbefugnis, sondern durch die aufschiebende Wirkung des Rechtsmittels überbrückt worden ist. Mit Ausnahme von Oldenburg sind e.AOen nur zur Schließung

---

77) § 41 d. Gesetzes betr. das Verfahren vor den Bezirksverwaltungsgerichten und dem Landesverwaltungsgericht v. 12.10.1912 (GS 1912, S. 727).

78) Vgl. Voranm. 71.

79) Art. 13 Abs. I Ziff. 2 d. Gesetzes betr. die Errichtung eines Verwaltungsgerichtshofes und das Verfahren in Verwaltungssachen v. 8.8.1878 (GVBl. 1878, S. 369); vgl. auch oben Anm. 59.

80) § 75 Abs. I, Ziff. 6 d. Gesetzes über die Verwaltungsrechtspflege v. 19.7.1900 (GVBl. 1900, S. 486); dazu oben Anm. 61.

der vom Institut der aufschiebenden Wirkung belassenen Lükken aktiviert worden.
An dieser Rechtslage änderte sich bis weit in die Zeit nach dem zweiten Weltkrieg nichts mehr entscheidend.
Lediglich Hamburg erhielt im Jahre 1921 eine vergleichbare richterliche Befugnis [81].
Selbst die verschiedenen Entwürfe zu einem Gesetz über das Reichsverwaltungsgericht [82] und einer Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg [83] enthielten keinerlei Hinweis auf eine vorläufige richterliche Anordnungsbefugnis.

b) Entwicklung bis zur VwGO von 1960

In den nach 1945 erlassenen Verwaltungsgerichtsgesetzen wurden richterliche Anordnungsbefugnisse in das rheinland-pfälzische Verwaltungsgerichtsgesetz von 1950 [84] und in das Bundesverwaltungsgerichtsgesetz von 1952 aufgenommen[85].

---

81) § 21 Abs. II d. Gesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit v. 2.11.1921 (GVBl. 1921, S. 585); Voranm. 65.

82) Reichsratsdrucksache, Sitzungsperiode 1930, Nr. 155; vgl. dazu: Genzmer, Felix, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit, in HdbDStR, Bd. II, Tübingen 1932, S. 506 ff. (522 ff.).

83) Verwaltungsrechtsordnung für Württemberg, Entw. eines Gesetzes mit Begründung, Stuttgart 1931; der Entw. ist von bes. Bedeutung, weil in ihm der erste Versuch einer Kodifikation des allg. Verwaltungsrechts im Zusammenhang mit einem Verwaltungsverfahrensgesetz in Deutschland unternommen worden ist.

84) § 64 des Verwaltungsgerichtsgesetzes v. 14.4.1950 (GVBl. S. 103); vgl. dazu: Schunck/de Clerck, Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für Rh.-Pf., Anm. zu § 64; OVG Koblenz, OVGE 1, 400; 5, 189 (m.w.N.); 5, 412; 6, 386 (387); VerwRspr. 11, 879.

85) Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht v. 23.9.1952 (BGBl. I, S. 625); dazu: Schunck/de Clerck, Gesetz über das BVerwG, Anm. zu § 30; BVerwGE 1, 45; DÖV 1955, S. 697; DVBl. 1956, S. 445; BVerwGE 4, 151 = JZ 1957, S. 723 m.Anm.v. de Clerck; NJW 1958, S. 194 m.Anm.v. Danckelmann; DVBl. 1959, S. 663.

In den übrigen Ländern blieb die Anwendung e.AOen weiterhin umstritten.
In den Ländern der amerikanischen und französischen Besatzungszone wurden unter Geltung der süddeutschen und saarländischen Verwaltungsgerichtsgesetze, die allgemeine Verweisungsnormen auf die Zivilprozeßordnung enthielten [86], schon früh die Vorschriften der §§ 935, 940 ZPO angewandt und auf diesem Weg nach anfänglicher Ablehnung [87] die Zulässigkeit e.AOen bejaht [88].

In der britischen Besatzungszone, in der eine generelle Verweisung auf die Vorschriften der ZPO fehlte [89], wurde noch längere Zeit an der Unzulässigkeit e.AOen im Verwal-

---

86) § 34 der süddeutschen VGG v. 1946; § 41 saarl. VGG; vgl. Menger, System, S. 65 ff.

87) So etwa: VGH München, Beschl.v. 22.8.1947, VGHE 1, 22; U v. 29.3.1950, DÖV 1950, S. 725; Beschl.v. 4.11.1953, VGHE 6, 176 (179); VGH Kassel, Beschl.v. 7.1.1949, nicht veröfftl., zit.b. Bachof, NJW 1949, S.839; Beschl. v.13.8.1952, NJW 1952, S.200; Beschl.v. 27.8.1953, VerwRspr. 6, 398. Ebenso: Hufnagel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, Berlin und München 1950, S. 220 ff.; Oswald, DÖV 1956, S. 236 ff.; w.N.b. Quaritsch, S. 210, FN 1.

88) Vgl. z.B.: 4. Sen.d. VGH Mannheim, Beschl.v. 31.3.1949, NJW 1949, S.838 (m.zust.Anm.v. Bachof); 1. Sen., Beschl. v. 13.2.1958, VerwRspr. 11, 758; 1. Sen., v. 4.12.1958, VerwRspr. 11, 1031 (hier sind auch die nicht veröfftl. Beschl. v. 25.10.1956 und 21.6.1957 zitiert); VGH München, U v. 30.12.1955, BayVBl. 1956, S. 187; Beschl.v. 25.7.1958, VerwRspr. 10, 1018; Beschl. v. 25.2.1960, VerwRspr. 12, 889; VGH Kassel, Beschl. v. 26.7.1956, ESVGH 5, 226; Beschl.v. 30.1.1958, ESVGH 8, 22; Beschl. v. 21.1.1960, VerwRspr. 12, 118 (119); OVG Saarlouis, Vorbescheid v. 27.9.1957, DÖV 1958, S. 423.
Ebenso: Eyermann/Fröhler, VGG, 2. Aufl., Anh. zu § 51 Anm. I 2; Bachof, Vornahmeklage, S. 44 und 52; ders., Urteilsanm. NJW 1949, S. 838 ff.; Klein, DVBl. 1950, S. 200 ff. (203); Haueisen, NJW 1953, S. 1165 (1166).

89) Die Militärregierungsverordnung Nr. 165 (MRVO Nr. 165) enthielt nur einzelne Verweisungen auf bestimmte Vorschriften der ZPO. Z.B. in den §§ 38, 63, 70, 79, 100 und 107 MRVO.

tungsprozeß festgehalten [90]. Doch auch hier konnten sich die Gerichte der praktischen Notwendigkeit zu vorläufigen Regelungen nicht entziehen [91].

Das OVG Münster führte dann auf dem im Schrifttum vorbereiteten Boden [92] - unter anderem wurde wieder die These von der die Anordnungsbefugnis umfassenden Urteilsmacht aufgegriffen [93] - den Umschwung zugunsten der Zulässigkeit e.AOen herbei. Ausgangspunkt dieser neuen Rechtsprechung war das neugestaltete Versorgungsrecht der Beamten [94],

---

90) OVG Münster, Beschl.v. 18.12.1950, HMR 1951, S. 99; Beschl. v. 29.10.1953, MDR 1954, S. 502; OVG Hamburg, Beschl. v. 12.7.1954, NJW 1954, S. 1264; Beschl.v. 6.7.1955, nicht veröfftl., zit. im Beschl. v. 4.8.1955; Beschl.v. 4.8.1955, MDR 1956, S. 58; OVG Lüneburg, U v. 20.11.1951, AS Bd. 5, S. 385 ff. Ebenso: Hufnagel, a.a.O. (Voranm. 88).

91) So z.B.: LVG Düsseldorf, Beschl.v. 19.2.1954, DVBl. 1954, S. 477 (m.abl.Anm.v. Ule) = JZ 1954, S. 544 (m.abl. Anm.v. Wolff). Ebenso: Martin, Einstweilige Verfügungen im Verwaltungsstreitverfahren, NJW 1956, S. 90.

92) In der Literatur wurde die Zulässigkeit mit unterschiedl. Argumentation befürwortet.
Analoge Anwendung der zivil- und verfassungsrechtlichen Vorschriften bejahten: Baring, ZBR 1954, S. 44 (47 ff.); ders., ZBR 1955, S. 124 (126); Müller-Heidelberg, NJW 1949, S. 814; Franz Klein, DVBl. 1950, S. 203 ff.; de Clerck, NJW 1956, S. 1337; Buri, DÖV 1957, S. 100; Eichhorn, Diss., S. 107 ff.
Mit Art. 19 Abs. IV GG (effektiver = vorläufiger Rechtsschutz) argumentierten vor allem: Naumann, Gedächtnisschr. S. 391; Bachof, NJW 1949, S. 814 f.; ders., Vornahmeklage, S. 52; Reuscher, DVBl. 1953, S. 428 ff.; Ule, Verfassungsrecht und Verwaltungsprozeß, S. 538 ff.; Eichhorn, S. 131 ff.; auch die amtl. Begr. zur VwGO, Entw.v. 9.12.1952, § 122 (BT-Drucks. Nr. 4278, I.WP) enthält dieses Argument.

93) Förster, Baring, Eichhorn und OVG Lüneburg, alle a.a.O. (Voranm. 4, 1. Abschn., § 2).

94) Nach § 172 Bundesbeamtengesetz und § 126 Beamtenrechtsrahmengesetz wurden die Beamten mit allen Ansprüchen gegen ihren Dienstherrn - also auch mit den Versorgungsansprüchen - auf den Verwaltungsrechtsweg verwiesen. Damit entfiel aber die bis dahin nach der ZPO mögliche vorläufige Regelung der Unterhaltsbezüge durch Leistungsanordnung.

die ohne die Zulässigkeit vorläufiger Regelungen auch durch den Verwaltungsrichter gegenüber der vorhergehenden Gesetzeslage entscheidend benachteiligt worden wären [95].

Im Zeitpunkt des Inkrafttretens der VwGO, die mit § 123 die gesetzliche Anerkennung des Instituts im Verwaltungsprozeß brachte, bestand dann kaum noch Widerstand gegen die Zulässigkeit e.AOen auch in diesem Bereich.

c) Zusammenfassung

Zusammenfassend kann zur Entwicklung der e.AO im verwaltungsprozessualen Verfahren festgestellt werden: Bis in die Mitte der 50er Jahre unseres Jahrhunderts war die Zulässigkeit vorläufiger richterlicher Maßnahmen im Verwaltungsprozeß stets heftig umstritten.
Die allgemeine Anerkennung des Instituts kurz vor der gesetzlichen Regelung in § 123 VwGO beruhte weniger auf zwingenden rechtsdogmatischen Deduktionen und schon gar nicht auf der Überzeugung, daß dieses Verfahrensinstrument jedem Prozeßverfahren immanent sei, als vielmehr auf der Erkenntnis praktischer Notwendigkeit im Einzelfall.
Die Bedeutung dieser Feststellung für die zur Diskussion gestellten These von der die vorläufige Regelungsbefugnis umfassenden richterlichen Urteilsgewalt wird noch zu erörtern sein. Vorab soll die Untersuchung der gesetzlichen Verbreitung des Instituts in den verschiedenen Verfahrensordnungen weitere Erkenntnisse vermitteln.

---

95) Vgl. OVG Münster, Beschl. v. 30.7.1957, MDR 1958, S.370; Beschl.v. 29.8.1957, MDR 1958, S. 370; U v. 10.9.1957, AS 13, 6; Bescheid v. 19.11.1957, AS 13, 126; Beschl.v. 22.11.1957, MDR 1958, S. 370; Beschl.v. 1.7.1958, NJW 1958, S. 2036; Beschl.v. 23,9.1958, AS 14, 56; U v. 5.1.1959, DVBl. 1959, S. 402 (m.Anm.v. Nedden, S. 666). Ebenso das OVG Lüneburg, Beschl.v. 28.6.1957, AS 11,503; Beschl.v. 24.6.1958, VerwRspr. 11, 104; Beschl.v. 28.1. 1959, NJW 1959, S. 1196; Beschl.v. 15.8.1960, NJW 1960, S. 1879.

§ 4 Überblick über die einstweiligen Anordnungsbefugnisse innerhalb der Verfahrensordnungen

I. Zivilgerichtsbarkeit

Die klassischen Mittel richterlicher einstweiliger Anordnungsbefugnis sind Arrest und einstweilige Verfügung gemäß den §§ 916, 936 ff. ZPO vom 30.1.1877 [96].
Der Arrest bezweckt die Sicherung der künftigen Zwangsvollstreckung wegen Geldforderung oder wegen anderer geldwerter Ansprüche [97].
Die e.V kann in drei verschiedenen Formen auftreten: Einmal gemäß § 935 ZPO in Bezug auf den Streitgegenstand, zur Erhaltung eines bestehenden Zustandes bei Ansprüchen auf Individualleistungen [98], falls die Verwirklichung eines Rechts einer Partei durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes vereitelt oder wesentlich erschwert würde.
Zum anderen nach § 940, in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis zur Bewahrung des Rechtsfriedens bis zur endgültigen Entscheidung im ordentlichen Verfahren [99].
Schließlich nach von der zivilistischen Praxis entwickeltem Gewohnheitsrecht in Bezug auf regelmäßig wiederkehrende Geldleistungen zur dringend erforderlichen vorläufigen Befriedigung des Gläubigers. Insoweit wird im summarischen Verfahren ausnahmsweise - über den bloßen Sicherungszweck hinausgehend - eine vorläufige Verurteilung zugelassen, wenn ansonsten die Existenz des Gläubigers ernsthaft gefährdet

---

96) RGBl. 83 ff., i.d.F.v. 12.9.1950, BGBl. 533.

97) Vgl. dazu Baumbach/Lauterbach, ZPO, Vorbem. zu § 916; Stein/Jonas/Schönke, ZPO, Anm. zu § 916 ZPO.

98) Vgl. dazu Baumbach/Lauterbach, ZPO, Anm. zu § 935; Rosenberg, Lehrbuch, 9. Aufl., S. 1103.

99) Vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO, Anm. 1 und 2 zu § 940 ZPO.

wäre, was insbesondere bei fortlaufenden Leistungen wie Unterhaltszahlungen, Versorgungsrenten, Entschädigungen usw. eintreten kann [100].

Daneben kennt die Zivilprozeßordnung noch eine Reihe von vorläufigen Regelungsbefugnissen, die von der herrschenden Meinung zu Recht nicht als e.Ven i.S.v. §§ 935 ff. ZPO anerkannt werden, da sie nicht in einem vom Hauptsacheverfahren getrennten Verfahren, sondern innerhalb des Prozesses [101] ergehen. Darunter fallen insbesondere auch e.AOen im Beschwerdeverfahren [102], in der Zwangsvollstrekkung [103] und in Ehesachen [104].

In zivilprozessualen Nebengebieten erscheinen einstweilige Regelungen einmal in zivilrechtlichen Normen [105] und zum anderen auch in Verfahrensgesetzen, wie der Konkursordnung [106], dem Gesetz über die Freiwillige Gerichtsbarkeit [107] und

---

100) Vgl. Baumbach/Lauterbach, ZPO, Grundzüge 2B b) vor § 916; Schuler, Die auf Leistung lautende e.V, NJW 1959, S. 1901 ff.; Rosenberg, a.a.O., S. 1104 (1105); Stein/Jonas/Schönke, ZPO, Vorbem. vor § 916, Anm. IV; (jeweils m.w.N.).

101) Baumbach/Lauterbach, ZPO, Grundzüge 2B b) vor § 916; § 572 Anm. 2; Grundzüge 6 E vor § 704; § 732 Anm. 3; Stein/Jonas/Schönke, ZPO, Vorbem. VI 5 vor § 704; Rosenberg, a.a.O. S. 893 ff.

102) § 572 Abs. III ZPO.

103) §§ 707; 719; 732 II; 765a Abs. I; 766 Abs. I, S.2; 768; 769; 770; 771 Abs. III; 773; 774; 805 Abs. IV, S.2; 815 ZPO.

104) §§ 627 ff. ZPO.

105) Wie z.B.: §§ 489, 885, 899, 1179, 1263, 1716, 1876, BGB; § 45 Abs. II, S.1 KunsturheberrechtsG v. 9.1.1907 (RGBl. 7); § 25 d. Gesetzes gegen unlauteren Wettbewerb v. 7.6.1909 (RGBl. 499); § 41 PatentG i.d.F.v. 9.5.1951 (BGBl. I, 550); § 22 c LiteratururheberrechtsG v. 19.6.1901 (RGBl. 227) i.d.F.v. 22.5.1910 (RGBl. 793); §§ 4 Abs. VI und 18 MieterschutzG v. 1.6.1923 (RGBl. 353), i.d.F.v. 15.12.1942 (RGBl. I, 712); §§ 11, 21 Abs. II SchiffsrechtG v. 15.11.1940 (RGBl. I, 1499).

106) § 106 Abs. I, S. 2 KO v. 10.2.1877 (RGBl. 351).

dessen Nebengebieten [108].

II. Arbeitsgerichtsbarkeit

Wie im allgemeinen Zivilprozeß besteht auch im arbeitsgerichtlichen Verfahren nach § 62 Abs. II Arbeitsgerichtsgesetz [109] die Möglichkeit zum Erlaß e.Ven gemäß den §§ 935, 940 ZPO.
Da auf die Vorschriften des Achten Buches der ZPO über Arrest und e.Ven ausdrücklich verwiesen wird, gelten im arbeitsgerichtlichen Verfahren die gleichen Grundsätze wie im allgemeinen zivilprozessualen Verfahren [110].

III. Strafgerichtsbarkeit

Zwar sind im Strafverfolgungsrecht vorläufige Maßnahmen zahlreich vorhanden [111], doch können die Maßnahmen der richterlichen Ermittlung und der Sicherung der Strafverfolgung nicht als vorläufige Anordnungsbefugnisse im engen Sinne gewertet werden.

---

107) § 24 Abs. III FGG v. 17.5.1989 (RGBl. 189), i.d.F.v. 20.5.1898 (RGBl. 771).

108) § 76 Abs. I GBO v. 24.3.1897 (RGBl. 139); § 81 SchiffsregisterO v. 19.12.1940 (RGBl. I, 1591), i.d.F.v. 26.5.1951 (BGBl. I, 359); § 35 Abs. III VerschollenheitsG v. 4.7.1939 (RGBl. I, 1186); § 13 Abs. IV HausratsVO v. 21.10.1944 (RGBl. I, 256); § 19 LandwirtschaftsverfahrensG v. 21.7.1953 (BGBl. I, 667).

109) V. 3.9.1953 (BGBl. I, S. 1267), i.d.F.v. 2.12.1955 (BGBl. I, S. 743).

110) Dietz/Nikisch, ArbGG-Kommentar, München u. Berlin 1954, § 62 Rdnr. 37 ff.; Dersch/Volkmar, ArbGG-Kommentar, 6. Aufl. Berlin-Frankfurt 1955, § 62 Anm. 99 ff.

111) Erstes Buch, 7. Abschn., Beweissicherung: §§ 81 a bis 81 d; 8. Abschn., Beschlagnahme und Durchsuchung: §§ 94 bis 111a; 9. Abschn., Untersuchungshaft: § 112; einstweilige Unterbringung: 126a; vorläufige Festnahme: § 127; Steckbrief: § 131; 10. Abschn., Vernehmung: §§ 133 bis 136a.

Die in der Strafprozeßordnung vorgesehenen Maßnahmen dienen lediglich der Urteilsfindung im laufenden Verfahren, während die richterliche einstweilige Anordnungsbefugnis im engen technischen Sinn dazu dient, ein bereits gefundenes Urteil nicht deshalb unerheblich werden zu lassen, weil die Entwicklung der tatsächlichen Verhältnisse während des Schwebezustandes der Prozeßdauer die zu beurteilende Materie überholt hat [112].

Die in der StPO vorgesehenen Anordnungsbefugnisse vor Erlaß des Endurteils können mithin nicht zu den typischen e.AOen gerechnet werden, die vom Gesetzgeber anerkannt worden sind.

IV. Verfassungsgerichtsbarkeit

1.) Bundesverfassungsgerichtsbarkeit

Mit der Regelung des § 32 BVerfGG vom 17.4.1951 wurde in das Verfahren vor dem BVerfG eine im wesentlichen dem § 940 ZPO nachgebildete richterliche Anordnungsbefugnis aufgenommen. Demnach kann das Gericht in allen im BVerfGG vorgesehenen Verfahren [113] einen Zustand vorläufig regeln, wenn dies "zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist".
Sonderfälle dieser Anordnungsbefugnis enthalten im Rahmen der Präsidenten- und Richteranklage die §§ 53, 58 Abs. I, 105 Abs. V BVerfGG und § 16 Abs. III Wahlprüfungsgesetz [114].

---

112) Vgl. Rohmeyer, S. 78.
113) Vgl. Lechner, BVerfGG, § 32 Anm. 3.
114) V. 12.3.1951, BGBl. I, 166.

2.) Länderverfassungsgerichtsbarkeit

Wie das Bundesverfassungsgericht können auch alle Verfassungsgerichte der Länder in der Bundesrepublik Deutschland e.AOen erlassen.
Während die ausdrückliche Ermächtigung des § 22 Abs. I des Gesetzes über den Staatsgerichtshof von H e s s e n [115] schon als Vorbild für die Fassung des § 32 BVerfGG herangezogen werden konnte, sind die entsprechenden Regelungen in den Ländern B a d e n - W ü r t t e m b e r g [116], H a m b u r g [117], N o r d r h e i n - W e s t f a l e n [118] und S a a r l a n d [119] der bundesverfassungsgerichtlichen Vorschrift nachgebildet.
Ohne eine ausdrückliche Ermächtigung in den entsprechenden Gesetzen zu besitzen, können auch die übrigen Länderverfassungsgerichte auf Grund spezieller oder genereller Verweisungsnormen e.AOen erlassen.
So in B a y e r n [120], N i e d e r s a c h s e n [121],

---

115) V. 12.12.1947, GVBl. 1948, 3 ff.

116) § 25 d. Gesetzes über den StGH v. 13.12.1954 (GBl. 171 ff.), i.d.F.v. 28.3.1955 (GBl. 66).

117) § 30 Abs. I d. Gesetzes über das Hamb. Verfassungsgericht v. 2.10.1953 (GVOBl. I, 231 ff.).

118) § 27 Abs. I d. Gesetzes über den Verfassungsgerichtshof f.d. Land NRW v. 4.3.1952 (GVBl. 35 ff.).

119) § 21 d. Gesetzes Nr. 645 über den Verfassungsgerichtshof d. Saarl. v. 17.7.1958 (Amtsbl. 1958, S. 735 ff.).

120) Zwar enthält das BayVerfGHG v. 22.7.1947 (Bay BS I, S. 24), i.d.F.v. 26.10.1962 (GVBl. 337) keine Regelung, doch § 26 der "Geschäftsordnung des VerfGH für den Freistaat Bayern" v. 15.7.1963 (GVBl. 151 ff.) erklärt die Vorschriften der VwGO und ZPO ergänzend für anwendbar. Auf Grund dieser Verweisung hat der BayVerfGH seine Befugnis zum Erlaß e.AOen in st. Rspr. in Anspruch genommen. Vgl. z.B. BayVerfGH AS n.F Bd. 4, Teil II, S. 21 (25).

121) § 16 d. Gesetzes über den Staatsgerichtshof von Niedersachsen v. 4.4.1955 (GVBl. 141 ff.) verweist auf die allg. Verfahrensregeln des BVerfG und damit auf § 32 BVerfGG.

Bremen [122] und Schleswig-Holstein [123]. Nur das Land Rheinland-Pfalz [124] kennt in den einschlägigen Gesetzen weder eine ausdrückliche Ermächtigung, noch eine Verweisung auf andere Verfahrensordnungen mit gesetzlicher Grundlage zum Erlaß e.AOen. Trotzdem hat der rheinland-pfälzische Verfassungsgerichtshof seine anfänglichen Bedenken [125] gegen die Zulässigkeit e.Ven in den verfassungsgerichtlichen Verfahren fallen lassen [126] und aus allgemein-rechtlichen Überlegungen [127] die Befugnis zu einstweiligen Maßnahmen bejaht.

V. Internationales und supranationales Verfahrensrecht

Häufig enthalten zwischenstaatliche Schiedsverträge Bestimmungen über mögliche vorläufige Maßnahmen durch die Schiedsgerichte, um auf diese Weise den status quo bezüglich des Streitgegenstandes zwischen den Parteien bis zum endgültigen Schiedsspruch aufrechtzuerhalten.

---

122) § 6 d. Gesetzes über den Staatsgerichtshof von Bremen v. 20.3.1956 (GBl. 30 ff.) erklärt ganz generell die ZPO für anwendbar, sodaß über die §§ 935, 940 auch der Erlaß e.AOen zulässig sein dürfte.

123) Art. 37 der Landessatzung von Schleswig-Holstein v. 13.12.1949 (GVBl. 3 ff.) hat, von der Ermächtigung des Art. 99 GG ausgehend, generell das BVerfG für zuständig erklärt, sodaß gem. § 75 BVerfGG die Vorschrift des § 32 anwendbar ist.

124) Landesgesetz über den VerfGH v. 23.7.1949 (GVBl. 285 ff.).

125) Vgl. die E v. 10.4.1953, ASOVG Rh.-Pf. 2, S. 271 ff. (282), die im Ergebnis die Frage trotzdem offen läßt.

126) U v. 7.4.1961, ASOVG Rh.-Pf. 8, S. 224.

127) Die Befugnis erwachse aus einer "allg. deutschen Rechtsüberzeugung. Unterstützend zieht das Gericht auch die bekannte "a maiore ad minus"-Argumentation heran; vgl. dazu oben: § 2, Anm. 8.

So zum Beispiel Art. 16 des Abkommens von 1921 zwischen Deutschland, Polen und der Freien Stadt Danzig über den Korridorverkehr zwischen Ostpreußen und dem übrigen Deutschland. [128]
Auch in Art. 18 Abs. III der Deutsch-Schweizerischen Schieds- und Vergleichsvertrages von 1921 [129] und Art. 19 der Schiedsabkommen in Locarno aus dem Jahre 1925 [130] ist eine derartige Befugnis enthalten.

Auch die ständigen i n t e r n a t i o n a l e n G e r i c h t s h ö f e kennen in ihren Statuten Ermächtigungen zum Erlaß einstweiliger Maßnahmen.
So ermächtigte Art. 41 des "Statuts des Ständigen Internationalen Gerichtshofs im Haag" vom 13.12.1920 zu sogenannten "mesurs conservatoires" [131].
Heute kann auch der Internationale Gerichtshof der Vereinten Nationen auf Grund Art. 41 seines Statuts vom 26.6.1945 einstweilige Verfügungen erlassen.
Beide Gerichte haben hierzu eine umfangreiche Spruchpraxis entwickelt und zahlreiche Stellungnahmen des Schrifttums hervorgerufen [132].
Endlich ist auch der "Europäische Gerichtshof" [133] zum Erlaß e.AOen befähigt, was sich aus den einzelnen Verträgen [134]

---

128) V. 12.7.1921, RGBl. 1069.

129) V. 3.12.1921, RGBl. I, 217.

130) V. 16.10.1925, RGBl. II, 975 ff.

131) Vgl. Niemayer, S. 5.

132) Vgl. die Nachweise bei Quaritsch, S. 213, FN 21.

133) "Abkommen über die gemeinsamen Organe für die Europäischen Gemeinschaften" v. 25.3.1957, BGBl. II, 1156.

134) Art. 39 Abs. III des Vertrages über die Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl v. 18.4.1951, BGBl. 1952, II, 447; Art. 186 des Vertrages zur Gründung der Europäischen Wirtschaftsgemeinschaft v. 25.3.1957, BGBl. II, 766; sowie Art. 158 des Euratom-Vertrages v. 25.3.1957, BGBl. II, S. 1014.

und der Verfahrensordnung des Gerichtshofes selbst [135] ergibt.

VI. Verwaltungsgerichtsbarkeit

1.) Verwaltungsgerichtsordnung

Mit der Verwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960 wurde - wie dargelegt - der lange Zeit andauernde Streit um die Zulässigkeit vorläufiger Maßnahmen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren durch die Vorschrift des § 123 VwGO entschieden.

Mit dieser Normierung in der bundeseinheitlichen VwGO war der e.AO der endgültige Durchbruch im verwaltungsgerichtlichen Verfahren gelungen, nachdem schon im Jahre 1950 in § 64 des Landesgesetzes über die Verwaltungsgerichtsbarkeit von Rheinland-Pfalz [136] und zwei Jahre danach in § 30 des Gesetzes über das Bundesverwaltungsgericht [137] die vorläufige Regelungsbefugnis des Verwaltungsrichters vereinzelt gesetzlich anerkannt worden war.

Der zivilprozessualen Regelung entsprechend wurde in § 123 Abs. I, S. 1 und S. 2 VwGO zwischen zwei Grundformen vorläufiger Anordnungsbefugnis unterschieden: Einmal die Befugnis e.AOen in Bezug auf den Streitgegenstand zu erlassen, wenn die Gefahr einer Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereiteln oder wesentlich erschweren könnte [138]. Die andere

---

135) Art. 83 bis 90 der "Verfahrensordnung des Gerichtshofes der Europäischen Gemeinschaften" v. 3.3.1959, BGBl. II, S. 1205.

136) V. 14.4.1950, GVBl. 103.
137) V. 23.9.1952, BGBl. I, 625.

138) Vgl. § 935 ZPO.

Form ist die e.AO zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis [139]. Voraussetzung ist das Bestehen eines regelungsbedürftigen und auch regelungsfähigen Rechtsverhältnisses. Das bloße Verhältnis allgemeiner Rechtsunterworfenheit jeden Bürgers gegenüber der öffentlichen Gewalt reicht hierfür nicht aus[140]. Die Patenschaft der zivilprozessualen Vorschriften wird in § 123 Abs. III und IV VwGO besonders deutlich, wenn hier verschiedene Vorschriften der ZPO für entsprechend anwendbar erklärt werden [141].
In Absatz V der Vorschrift wird schließlich die e.AO für die Vollziehung eines angefochtenen Verwaltungsaktes oder die Beseitigung der aufschiebenden Wirkung eines Rechtsbehelfs ausdrücklich ausgeschlossen. Insoweit besteht in § 80 (insbesondere § 80 Abs. V) VwGO eine Sonderregelung.

2.) Sozialgerichtsgesetz

Im heute maßgebenden Sozialgerichtsgesetz [142] werden in § 198 Abs. II die Vorschriften über den Arrest und die e.V des achten Buches der ZPO ausdrücklich für nicht anwendbar erklärt, obwohl ansonsten in § 202 SGG eine generelle Verweisung auf die ZPO existiert.
Da keine anderweitige allgemeine Ermächtigungsgrundlage im Gesetz enthalten ist, fehlt es nach dem Gesetzeswortlaut an einer allgemeinen Befugnis der Sozialgerichte zum Erlaß

---

139) Vgl. § 940 ZPO.

140) Redeker/von Oertzen, VwGO, § 123 Anm. 6.

141) §§ 920, 921, 923 bis 926, 928 bis 932, 938,939, 941 und 945 ZPO.

142) V. 3.9.1953, BGBl. I, 1239, 1326, i.d.F.v. 23.8.1958, BGBl. I, 613.

e.AOen [143].

Ein Blick auf die weiteren Vorschriften des Gesetzes zeigt aber, daß auch im sozialgerichtlichen Verfahren e.AOen nicht unbekannt sind. In Einzelfällen kann auch nach dem SGG die Vollziehung von Verwaltungsakten einstweilig ausgesetzt werden.

Nach § 97 Abs. II SGG kann im Falle der Anfechtung eines VA, der eine laufende Leistung herabsetzt oder entzieht, auf Antrag des Klägers angeordnet werden, daß der Vollzug des VA einstweilen ganz oder teilweise ausgesetzt wird.
Ferner kann das Sozialgericht oder der Vorsitzende des Gerichts in Einzelfällen vorläufige Leistungen anordnen; so insbesondere beim Erlaß eines Grundurteils gemäß § 130 SGG und dann gem. §§ 180 Abs. VI, 199 Abs. II SGG in den Fällen der Wiederaufnahme des Verfahrens und der Aussetzung einer Vollstreckung.
Die Frage, ob trotz § 198 Abs. II SGG im sozialgerichtlichen Verfahren auch außerhalb der angeführten Einzelfälle e.AOen zulässig sein können, muß hier dahinstehen [144]. An dieser Stelle bleibt lediglich festzuhalten, daß auch im sozialgerichtlichen Verfahren die e.AO in Einzelfällen gesetzlich anerkannt ist.

---

143) So auch die ganz h.M.; vgl. z.B.: Mellwitz, Artur, Sozialgerichtsgesetz, Kommentar, München 1956 mit Erg.Bd. 1958, § 198 Anm. B (a.E.); Peters/Sautter/Wolff, Kommentar zur Sozialgerichtsbarkeit, 2. Aufl., Stuttgart 1958, § 97 Anm. 10; LSG München, Beschl.v. 16.2.1961, NJW 1961, S. 2039; LSG Stuttgart, Beschl. v. 3.1.1955, NJW 1955, S. 647; OVG Münster, U v. 15.11.1961, VerwRspr. 14, 880 (884).
Für eine generelle Zulässigkeit e.AOen trotz der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung sind: Haueisen, Die e.V im sozialgerichtlichen Verfahren, NJW 1959, S. 18; ders., Die e.AO im Bereich der Sozialgerichtsbarkeit, MDR 1963, S. 881 ff.; ders., Lücken im System ... NJW 1963, S. 321.
Im Ergebnis ebenso: Knoll, Die e.AO, Die Arbeiterversorgung 1961, S. 97 ff. (106).

144) Zum Stand der Meinungen zu dieser Frage vgl. d.Voranm.

3.) Finanzgerichtsordnung

Vor Erlaß der Finanzgerichtsordnung vom 6.10.1965 [145] wurde die Möglichkeit des Erlasses von e.AOen im finanzgerichtlichen Verfahren überwiegend verneint [146]. § 114 der heute geltenden FGO enthält aber jetzt auch das Institut der e.AO. Der Text des insoweit maßgebenden Abs. I dieser Vorschrift stimmt wörtlich (!) mit § 123 Abs. I VwGO überein und enthält somit die zwei bekannten Grundformen vorläufiger Regelungsbefugnis: Zum einen die Ermächtigung zu Maßnahmen in Bezug auf den Streitgegenstand bei Gefahr eines Rechtsverlustes des Antragstellers, zum anderen die Befugnis zu Maßnahmen zur Regelung eines vorläufigen Zustandes in Bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis [147].

145) BGBl. I, 1477.

146) Z.B. BFH, NJW 1965, S. 1682/1683 m.kr.Anm.v. Haueisen, NJW 1965, S. 1683 ff.; Kühn, Abgabenordnung, 7. Aufl., § 251 Anm. 3 (a.E.).

147) Vgl. dazu: Kühn, Abgabenordnung,10. Aufl., Anm. zu § 114 FGO.

§ 5 Notwendigkeit der konkreten Problemabhandlung

I. Richterliche Anordnungsbefugnis als Bestandteil jeder Gerichtsbarkeit

Die bisherige Untersuchung hat gezeigt, daß weder die Sicherungsanordnung, noch die Regelungsanordnung in irgendeinem Verfahren von Anfang an anerkannt war. Ursprung und Ausformung einstweiliger Regelungsbefugnis haben dieses Institut vielmehr als ein Kind des zivilgerichtlichen Verfahrens aus dem Mittelalter ausgewiesen, dessen Anerkennung in den anderen Verfahrensarten von jeher - mehr oder weniger - umstritten war.

Heute kennen zwar fast alle Verfahrensordnungen richterliche Interimsmaßnahmen, doch kann diese Tatsache nicht als Indiz dafür gewertet werden, daß die e.AO notwendiger Bestandteil jeder Gerichtsbarkeit wäre, die gesetzliche Verankerung also nichts anderes als die späte deklaratorische Bestätigung einer a priori vorhandenen richterlichen Kompetenz darstellen würde.

Abgesehen davon, daß auch heute noch die generelle Anordnungsbefugnis in einigen Verfahren unbekannt ist, hat der Rückblick auf die geschichtliche Entwicklung dieses Instituts bis zur gesetzlichen Anerkennung in den verschiedenen Verfahrensordnungen deutlich gemacht, daß die schließliche gesetzgeberische Ermächtigung in keinem Falle die Folge einer unbestrittenen Erkenntnis des Inhalts war, daß die richterliche Interimsmacht jedem Verfahren immanent sei. - Vielmehr war, wie besonders das Beispiel der Verfassungs- und Verwaltungsgerichtsbarkeit gezeigt hat, die Zulässigkeit vorläufiger richterlicher Maßnahmen bis zum Zeitpunkt der gesetzlichen Regelung zumeist heftig umstritten.
Die im Rahmen dieser Auseinandersetzungen vorgebrachte These

von der e.AO-Befugnis als "Ausfluß und notwendigem Bestandteil jeder Gerichtsbarkeit" war nur eine von vielen - niemals unwidersprochen hingenommenen - Begründungsversuchen der Zulässigkeit vorläufiger Maßnahmen in den jeweiligen Verfahren.

Überhaupt erfolgte die gesetzliche Anerkennung weniger aus rechts - d o g m a t i s c h e n Überlegungen, als aus der rechts - p o l i t i s c h e n Einsicht in die praktische Notwendigkeit vorläufiger Anordnungsbefugnisse durch den Richter. Dieses rechtspolitische Postulat kann jedoch von Verfahrensart zu Verfahrensart mehr oder weniger berechtigt sein und vermag - selbst wenn eine Notwendigkeit besteht - nicht die gesetzliche Grundlage zu ersetzen. Gerade im öffentlich-rechtlichen Bereich war die Zulässigkeit e.AOen bis zu den Kodifikationen nie allgemein anerkannt. Zum Teil war sie sogar trotz richterlicher Übung (RStGH!) abgelehnt worden. Gewohnheitsrechtliche Anerkennung war ihr somit nie beschieden, das Bestehen eines diesbezüglichen allgemeinen Rechtsgedankens immer umstritten.

Wenn aber die AO-Befugnis im öffentlichen Recht und insbesondere im Verwaltungsprozeß, im Gegensatz zur e.V des Zivilprozeßrechtes, nicht als herkömmlicherweise den Gerichten zugewiesene Entscheidungsart angesehen werden kann, so kann auf der Basis der Behauptung, jeder Gerichtsbarkeit sei eine derartige Befugnis immanent, im einzelnen Verfahren eine e.AO ohne gesetzliche Ermächtigung nicht überzeugend begründet werden. Eine Auseinandersetzung mit den für und wider diese These vorgetragenen Argumenten kann somit unterbleiben, da sie nur den schon historisch gewordenen Streit fortsetzen würde, ohne Entscheidendes zur Lösung der hier anstehenden Probleme beitragen zu können.

II. Verhältnis der Anordnungsbefugnis zur allgemeinen richterlichen Urteilsmacht

Besitzt die These von der Zugehörigkeit einer richterlichen Anordnungsbefugnis zu jeder Gerichtsbarkeit lediglich den Wert eines rechtspolitischen Postulats, so liegen die Dinge in Bezug auf die Ableitung der Befugnis a maiore ad minus etwas anders.
Die Behauptung, daß die allgemeine richterliche Urteilsmacht auch die vorläufige Anordnungsbefugnis umfasse, wiederholt zwar in ein anderes Gewand gekleidet nur die obige These, doch kann insoweit nicht die geschichtliche Realität ins Feld geführt werden. Denn wäre diese Deduktion verifizierbar, so bliebe ihre Überzeugungskraft trotz der konstanten Ablehnung im Laufe der Geschichte bestehen, da es sich hier um eine logische, von der tatsächlichen Anerkennung unabhängige, rechtsdogmatische Argumentation handelt.
Doch zeigt die Überprüfung dieser Behauptung alsbald, daß die e.AO zu Unrecht als Ausfluß richterlicher Urteilsgewalt, als minus zu einem maius der richterlichen Endentscheidung bezeichnet wird.
Die allgemeine richterliche Urteilsmacht könnte nur dann die Befugnis zum Erlaß vorläufiger Maßnahmen in sich schließen, wenn diese sich zu jener wie ein Kleineres zum Größeren verhielte. Dies ist jedoch nicht der Fall. Die e.AO ist im Verhältnis zur Endentscheidung nicht lediglich ein m i n u s , sondern ein a l i u d [148]. Richterliche Urteilsmacht und richterliche AO-Befugnis können nicht qualitativ gleich bewertet werden.

---

148) So insbes. die Kritiker der diesbezügl. Rspr. des RStGH (vgl. Voranm. 8 in 1. Abschn., § 2): Heinsheimer, Urteilsanm., JW 1926, S. 378; Friesenhahn, Staatsgerichtsbarkeit, HdbDStR, Bd. II, S. 544; ders., StGH und e.V, S. 763; Ritter, Die verfassungsrechtlichen Streitigkeiten ..., S. 64/66; Häntzschel, Der Konflikt Reich-Thüringen ..., AöR 59 (1931), S. 384 ff. (Fortsetzung)

Am deutlichsten hat Schüle [149] die Artverschiedenheit beider Befugnisse herausgearbeitet. Er stellte der in der jeweiligen Instanz endgültigen Rechtmäßigkeitsfeststellung die zeitlich begrenzte Überbrückungsregelung gegenüber, die insbesondere keinerlei Aussage darüber enthält, wer von den Parteien im eigentlichen Recht oder Unrecht habe. Diese Unterschiede zwischen Endurteil und Regelungsbefugnis begründen eine nicht nur "graduelle Abstufung der Entscheidungswirkung", sondern sie verändern vielmehr die "Entscheidungssubstanz" [150], sodaß die maiore ad minus-Argumentation fehl am Platze ist.

Im Ergebnis ist festzuhalten, daß die richterliche Befugnis zum Erlaß einer Entscheidung in der Hauptsache "nicht auch ohne weiteres die Befugnis zu einer vorläufigen Ordnung, die sich vielleicht im Urteil als unzutreffend erweisen wird", umfaßt. "Diese Befugnis k a n n in der Endentscheidungsbefugnis enthalten sein, aber sie m u ß es nicht. Ob sie es ist, darf, wo ausdrückliche Normen fehlen, nur aus der Natur der zur Erörterung stehenden Entscheidungsbefugnis heraus beantwortet werden ..." [151]

III. Überleitung zur konkreten Fragestellung und Abgrenzung des Untersuchungsgegenstandes

Die Lösung des anstehenden Problems kann somit nicht auf der Grundlage eines allgemeinen - für alle Verfahrensarten gleichmäßig Geltung beanspruchenden - Rechtssatzes erarbei-

---

Fortsetzung:
(392); Pütz, Der Erlaß von e.Ven ..., S. 14 ff.; Schüle, Das Problem der e.V ..., S. 8; Thüring. StGH E v. 8.7. 1929, Lammers/Simons 3, 331 ff.; vgl. auch Quaritsch, S. 366; Rohmeyer, S. 128; Tüttenberg, S. 91.

149) A.a.O. (Voranm.).

150) Quaritsch, a.a.O. (Voranm. 148 a.E.).

151) Heinsheimer, a.a.O. (Voranm. 148).

tet werden. Es ist vielmehr von der Eigenart des in Frage stehenden Verfahrens auszugehen.
Zulässigkeit und rechtliche Ausgestaltung e.AOen im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens können nur unter besonderer Berücksichtigung der Eigenart der Normenkontrolle nach § 47 VwGO behandelt werden.

Damit ist die Thematik des hier zu untersuchenden Gegenstandes umrissen. Bevor die eigentlichen Überlegungen einsetzen, ist noch eine Ausscheidung der Fragen und Probleme zu treffen, die nicht unbedingt zur Lösung beitragen, oder heute nicht mehr zur Diskussion stehen.
So hieße es "den berichtigenden Worten des Gesetzgebers neue Makulatur liefern, den mit erheblichem Aufwand betriebenen Streit um die gesetzliche Grundlage der e.AO in der a l l g e m e i n e n Verwaltungsgerichtsbarkeit noch einmal aufzurollen". [152] Nach der Kodifizierung der richterlichen Interimskompetenz in § 123 VwGO könnte diese Frage bestenfalls zu der rein akademischen Überlegung berechtigen, ob der Gesetzgeber befugt ist, den Gerichten diese neue vorläufige Entscheidungsmacht wieder zu entziehen [153].

Wenn somit viele der Fragen, die im Rahmen des Streits um die Zulässigkeit e.AOen im Verwaltungsprozeß eine Rolle gespielt haben, als erledigt betrachtet werden können, so sind doch nicht alle Grundsatzprobleme ausgeräumt.
Als Beispiel seien die grundsätzlichen Bedenken angeführt, die die Verwaltung immer noch der AO-Befugnis im öffentlich-rechtlichen Bereich entgegenbringt. Zwar hat die Entwicklung seit der Normierung des § 123 VwGO bewiesen, daß die Befug-

---

152) Quaritsch, S. 211.

153) So könnte Art. 19 Abs. IV GG eine gesetzesfeste Verfassungsgarantie e.AO-Befugnis im Sinne eines vorl. Rechtsschutzes beinhalten; vgl. dazu unten: 2. Abschn., § 9, III.

nis der Verwaltungsgerichte zu e.AOen nicht "das Ende unserer laufenden Verwaltung" bedeutet, indem die Verwaltung "zwangsweise von den Verwaltungsbehörden auf die Verwaltungsgerichte übergeht" [154]. Aber die Empfindsamkeit der Verwaltung gegenüber vorläufigen richterlichen Anordnungsbefugnissen hat kaum nachgelassen und spielt "in der kleidsamen Tracht dogmatischer Erwägungen" immer noch eine nicht zu unterschätzende Rolle [155].
So wird zum Beispiel auch heute noch mit einer angeblichen Verletzung des Gewaltenteilungsprinzips argumentiert [156], die e.AO als "materieller Verwaltungsakt" gekennzeichnet [157], und die Verwaltungsgerichte an Stelle der Verwaltung oder gar "am Steuer der hohen Politik" (!) [158] gesehen.

Auf Grundsatzfragen solcher Art kann im Rahmen dieser Untersuchung verständlicherweise nicht näher eingegangen werden. Wie in dem angeführten Beispiel mit der h.M. von der

---

154) So noch der Erste Beigeordnete des Siedlungsverbandes Ruhrkohlebezirk Hillmann, in der Diskussion der öffentl.-rechtl. Abteilung des 38. DJT, Verhandlungen des DJT 1950, Abt. D, S. 76 f.; vgl. auch ebenda: W. Jellinek, S. 98.

155) Quaritsch, S. 214.

156) Z.B.: Niedermayer, BayVBl. 1968, S. 128 ff.; vgl. auch Hillmann, a.a.O. (Voranm. 154).

157) Im Anschluß an Hufnagel, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, S.220; Hillmann, a.a.O. (Voranm. 144); Eyermann/Fröhler, VGG, Anh. I 3 a zu § 51; Oswald, DÖV 1956, S. 237; neuerdings wieder Kühn, Abgabenordnung, 8. Aufl., FGO § 114 Anm. 3: "vorläufiger Verwaltungsakt, zu dessen Erlaß der Gesetzgeber das Finanzgericht ermächtigt hat."; vor allem aber Rohmeyer, S. 82 ff. (insbes. S. 146 ff.).

158) So der Titel eines Aufsatzes von Niedermayer, BayVBl. 1968, S. 128 ff.

Qualifizierung der e.AO als Rechtsprechungsakt [159] ausgegangen werden soll, wird auch im übrigen von der Basis der in Rechtsprechung und Literatur gefestigten Auffassung auszugehen sein, wenn nicht ein unmittelbarer Zusammenhang mit dem speziellen Gegenstand dieser Untersuchung eine kritische Überprüfung auch allgemeiner Fragen erfordert.

159) Grundlegend: Quaritsch, S. 215 bis 219; ihm folgend die ganz h.M.; vgl. statt aller: Redeker/von Oertzen, VwGO, § 123 Anm. 1; Obermayer, Gedächtnisschr., S. 881.

Zweiter Abschnitt

Auseinandersetzung mit Rechtsprechung und Literatur

§ 6 Vorbemerkungen

Zunächst gilt es, um eine Einführung und einen Überblick zu gewinnen, sich mit denjenigen Autoren auseinanderzusetzen, die bisher zu der Frage der Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO Stellung genommen haben.
Daran soll sich ein eigener Lösungsversuch anschließen.

Die Frage nach der Zulässigkeit erschöpft allerdings das mit der Thematik der Untersuchung aufgeworfene Problem noch nicht. Sie betrifft nur die Grundfrage auf der alles weitere aufbaut, eben die Frage nach dem "ob überhaupt". Ihr folgt die nicht weniger wichtige Problematik der rechtlichen Ausgestaltung eventuell zulässiger vorläufiger Maßnahmen.

Von den einschlägigen Meinungen werden zunächst diejenigen einer kritischen Beleuchtung unterzogen werden, die die Ausgangsfrage im negativen Sinne beantwortet haben. Diese Auffassungen sollen nicht deshalb an erster Stelle stehen, weil sie die wohl herrschende Meinung ausmachen, sondern weil von dieser Position aus eine lehrreichere Ausgangsbasis zur Erkenntnis und Bewältigung der Problematik im allgemeinen gewonnen werden kann.
Die verschiedenen Standpunkte sollen dabei nach methodischen und sachlichen Gesichtspunkten gruppiert betrachtet werden, sodaß der eine oder andere Autor - je nach der Fülle und Kombination seiner Argumente - an mehreren Stellen der Darlegungen auftauchen wird.

Zu Beginn wird ein Überblick über den Stand der Meinungen einen ersten Einblick in die Vielfalt der Argumentationen vermitteln.

§ 7 Überblick über den Stand der Meinungen

In seltener Einmütigkeit spricht sich fast die gesamte verwaltungsgerichtliche K o m m e n t a r l i t e r a t u r gegen die Zulässigkeit e.AOen im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO aus [1].

Im ü b r i g e n S c h r i f t t u m halten sich befürwortende und ablehnende Stellungnahmen die Waage [2] [3].

---

1) Eyermann/Fröhler, VwGO, 5. Aufl., 1971, § 47 Rdnr. 37 u. § 123 Rdnr. 16; Klinger, VwGO, 2. Aufl., 1964, § 47 Anm. C 7 und § 123 Anm. A; Koehler, VwGO, 1960, § 47 VI 2 und § 123 Anm. IV 4; Schunck/de Clerck, VwGO, 2. Aufl., 1967, § 47 Anm. 3 b; vorsichtig und differenzierend, aber im Grundsatz ebenfalls abl.: Ule, VwGO, in von Brauchitsch/Ule, Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, Bd.I, 2. Halbbd., 2. Aufl., 1962, § 47 Anm. III 3.; ders., VPR, 4. Aufl., 1966, S. 251; Redeker/von Oertzen, VwGO, haben sich dagegen in der neuesten (4.) Auflage, 1971, § 47 Rdnr. 15 a unter ausdrücklicher Aufgabe der alten gegenteiligen Auffassung (vgl. die 3. Aufl., 1969, § 47 Rdnr. 15c des Kommentars) für eine eingeschränkte Zulässigkeit ausgesprochen.

2) Abl.: Bergmann, Zwischenbilanz zur verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle, VerwArch. 51 (1960), S. 36 ff. (59, m.w.N. in FN 101); Engelken, Einstweilige Anordnungen nach § 123 VwGO im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren (§ 47 VwGO)?, DÖV 1971, S. 331 ff. (337); Eichhorn, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, Würzburger Diss. 1960, S. 122; Klickermann, Urteilsanm. z. Beschl. des BW VGH v. 30.6.1961, BWVBl. 1961, S. 138 ff. (140 f.), mit Ausnahme für Bebauungspläne; König, Die Prüfung des Normenkontrollantrags nach § 47 VwGO vor dem Oberverwaltungsgericht (Verwaltungsgerichtshof), DVBl. 1963, S. 81 ff. (83); von Kupsch, Die Bedeutung des § 40 VwGO für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, Würzburger Diss. 1965, S. 175 ff. (221); Rambeck, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, NJW 1961, S. 1333 (1334); Weckerle, Vorbeugender Rechtsschutz im Verwaltungsprozeß, Münchner Diss. 1967, S. 110; Wieseler, Der vorläufige Rechtsschutz gegen Verwaltungsakte, 1967, S. 191, Anm. 31; H.J. Wolff, VwR III, Studienbuch, 1967, § 165 Anm. II b 1.; Wolfram, Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nach § 47 VwGO, Kölner Diss. 1967, S. 159 ff. (161).

3) Zust.: Blümel, Raumplanung, Vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, Festg. für Forsthoff, 1967, S. 133 ff. (Fortsetzung)

Die R e c h t s p r e c h u n g der zuständigen Oberverwaltungsgerichte, beziehungsweise Verwaltungsgerichtshöfe [4] ist ebenfalls uneinheitlich [5].
Schon vor Inkrafttreten der VwGO hat das OVG Bremen [6] gegen die Zulässigkeit derartiger Maßnahmen votiert. Eindeutige Stellungnahmen des OVG Lüneburg [7] fehlen bislang. Der II.

Fortsetzung:
(145 f.); Czermak, Nochmals: Die Rechtsnatur der Verkehrszeichen, NJW 1965, S. 93 f.; Grundmann, Zur Vorgreiflichkeit verfassungsgerichtlicher Anordnungsentscheidungen, DÖV 1960, S. 680 ff. (685); Klein Hans/Kupfer, Die einstweilige Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gegen Hochschulsatzungen, DÖV 1970, S. 73 ff. (76); Klotz, Normenkontrolle nach § 47 VwGO und einstweilige Anordnung, DÖV 1966, S. 186 ff. (188); Knoll, Die einstweilige Anordnung. Betrachtungen zur Frage des vorläufigen Rechtsschutzes, besonders im verwaltungs- und sozialgerichtlichen Verfahren, Die Arbeiterversorgung 1961, S. 97 ff. (99); Obermayer, Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß, Gedächtnisschr. f. Hans Peters, 1967, S. 875 ff. (887); ders., in Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3. Aufl., 1968, S. 292 (entgegen der Voraufl. 2. Aufl., 1960, S. 278, wo die Zulässigkeit noch ausdrücklich abgelehnt worden war); Quaritsch, Die einstweilige Anordnung im Verwaltungsprozeß, VerwArch. 51 (1960), S. 210 ff. und S. 342 ff. (365 bis 367); Schmitt-Glaeser/Tschira, die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, BayVBl. 1970, S. 160 ff. (203 ff.); wohl auch Spanner, Bundesverfassungsgericht und freies Ermessen, BayVBl. 1958, S. 1 ff. und S. 38 ff. (3), ohne ausdrücklich auf die e.AO speziell im vwgrtl. NKV Bezug zu nehmen.

4) Zur unterschiedlichen Bezeichnung der Gerichte vgl.: § 184 VwGO i.V.m. Art. 1 Abs. I Bay AGVwGO, BW AGVwGO, Hess. AGVwGO, wonach die betreffenden Länder von der Möglichkeit Gebrauch gemacht haben, die bisherige Bezeichnung "VGH" weiterzuführen.

5) In Betracht kommen der BW VGH in Mannheim, § 5 AGVwGO; der Bay VGH in München, Art. 10 AGVwGO; OVG Bremen, Art. 7 AGVwGO; Hess. VGH in Kassel, § 11 AGVwGO; OVG Lüneburg für Schleswig-Holstein, § 5 a AGVwGO.
Keine vwgrtl. NK gibt es in den Ländern Berlin, Hamburg, Niedersachsen, Nordrhein-Westfalen, Rheinland-Pfalz und Saarland.

6) Beschl. v. 19.10.1953, DÖV 1954, S. 60; vgl. auch OVG Münster v. 8.2.1956, DÖV 1956, S. 412.

7) E v. 23.6.1961 läßt die Frage ausdrücklich offen, vgl. (Fortsetzung)

Senat des VGH Kassel [8] spricht zwar von "zunehmenden Bedenken", läßt die Frage aber letztlich offen, während der IV. Senat [9] dieses Gerichts gegen die Zulässigkeit entschieden hat.

Für e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren hat sich seit der bahnbrechenden Entscheidung des II. Senats vom 30. Juni 1961 in ständiger Rechtsprechung der Baden-Württembergische Verwaltungsgerichtshof [10] ausgesprochen. Neuerdings ist auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof [11] - ermutigt durch die Praxis des Bayerischen Verfassungsgerichtshofs [12] e.AOen im Popularklageverfahren gemäß Art. 98 S. 4 Bayerische Verfassung zuzulassen - dieser Rechtsprechung gefolgt.

Fortsetzung:
OVGE 17, 343 (344). Die E v. 24.6.1966, DVBl. 1966, S. 760 ff. (763) läßt jedoch den Schluß zu, daß das Gericht dem Erlaß e.AOen heute nicht grundsätzl. ablehnend gegenübersteht.

8) E v. 16.7.1969, DÖV 1970, S. 99; E v. 13.11.1969, DÖV 1970, S. 100 ff. Das Gericht spricht von "Zweifeln" und später auch von "erheblichen Bedenken" gegen die Statthaftigkeit e.AOen im NKV.

9) Beschl. v. 25.11.1969, NJW 1970, S. 1619 = DÖV 1970, S. 755, mit Hinweis auf die gleichlautende, nicht veröfftl. E v. 19.3.1968, IV-Q-24/68.

10) Während der II. Sen. in der E v. 30.6.1961 seine Ansicht noch auf eine Analogie zu § 25 BW StGHG stützte, vgl. ESVGH 11, 22 ff. = BWVBl. 1961, S. 138 ff., arbeitete das Gericht in der Folge mit analoger Anwendung von § 123 VwGO: Beschl. v. 14.3.1963, ESVGH 13, 81 = NJW 1963, S. 1193 = DÖV 1963, S. 760; Beschl.v. 18.11.1963, BWVBl. 1964, S. 43 ff.; Beschl. v. 22.10.1965, ESVGH 16, 31 ff.; Beschl. v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102 ff.; Beschl. v. 14.2.1967, DVBl. 1967, S. 462 ff. = BWVBl. 1967, S. 74; Beschl. v. 31.1.1969, BWVBl. 1969, S. 42 ff.

11) Beschl. v. 27.5.1969, VerwRspr. 20, 1022 = BayVBl. 1969, S. 288.

12) E v. 8.8.1957, VerwRspr. 9, 912 ff.;
E v. 5.11.1962, VerwRspr. 15, 518 ff.

Die Zahl der von diesen Gerichten erlassenen e.AOen ist jedoch gering geblieben. So hat bisher lediglich der BW VGH e.AOen in Bezug auf Bebauungspläne [13], eine Prüfungsordnung für Lehrlinge [14], und in Bezug auf eine Hochschulsatzung [15] erlassen.

13) E.AO v. 22.10.1965, ESVGH 16, 31; zur Hauptsache vgl.: ESVGH 17,101; e.AO v. 14.12.1967, II-704/67 - nicht veröfftl. (zit.n. Engelken, S. 331 FN 10); zur Hauptsache vgl. BWVBl. 1969, S. 90.

14) E.AO v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102 = VerwRspr. 18, 502.

15) E.AO v. 31.1.1969, - IV 110/69 - nicht veröfftl. (zit.n. Engelken, S. 331 FN 10); vgl. zur Hauptsache BWVBl. 1969, S. 142.

§ 8 Ablehnende Meinungen und ihre Kritik

I. Positivistische Argumentationen

Zu beginnen ist mit einer positivistisch arbeitenden Richtung [16]. Sie will mit begriffsjuristischen Mitteln die Unzulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren aus dem Gesetz herauslesen.
Die Vorschrift des § 123 VwGO, die als einzige eventuell anwendbare gesetzliche Grundlage herangezogen wird, sei schon "nach dem Wortlaut ... nicht anwendbar"; die dem Normenkontrollverfahren fremden Begriffe "Streitgegenstand", "bestehender Zustand" und "streitiges Rechtsverhältnis" zeigten dies deutlich [17]. § 123 VwGO beziehe sich offensichtlich nur auf Streitgegenstände und Rechtsverhältnisse, die Gegenstand einer der in den §§ 42, 43, 113 VwGO behandelten Klagearten sein könnten und für die es ein Berufungsverfahren gäbe [18]. Zur Begründung dieser Auffassung wird ohne weitere Verdeutlichung auf den Abs. II des § 123 VwGO verwiesen [19].

Schließlich könnte aus der ausdrücklichen Nichteinbeziehung des Normenkontrollverfahrens in die Normierung des § 123 VwGO auf eine die e.AO in diesem Verfahren ausschließende negative Regelung geschlossen werden. [20]

---

16) Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 37; Engelken, DÖV 1971, S. 331 ff. (336 f.); Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht, 2. Aufl., 1960, S. 278 (anders aber die 3. Aufl., 1968); BW VGH Beschl. d. II. Sen. v. 30.6.1961, ESVGH 11, 22 ff. (23). (Im Ergebnis bejaht das Gericht die Zulässigkeit jedoch über eine Analogie des § 25 StGHG.)

17) Eyermann/Fröhler, a.a.O. (Voranm.); Weckerle, S. 110.

18) Obermayer, a.a.O. (Voranm. 16); BW VGH a.a.O. (Voranm.16).

19) BW VGH a.a.O. (Voranm. 16).

20) Hess. VGH, Beschl.d. IV. Sen. v. 19.3.1968 - IV Q 24/68 - nicht veröffentl., zit.n. dem diese Rspr. bestätigenden Beschl. v. 25.11.1969, NJW 1970, S. 169.

Dieser Gegenschluß aus § 123 VwGO kann jedoch genauso wenig wie die Wortinterpretation befriedigen.
Zwar hat jede Gesetzesauslegung mit einer strikten Wortauslegung zu beginnen, doch muß bei der Textinterpretation des § 123 VwGO berücksichtigt werden, daß der Gesetzgeber mit dieser Vorschrift die Tatbestände der §§ 935 und 940 ZPO nahezu wörtlich übernommen hat.
Dies bedeutet, daß es sich hier um einen Text handelt, "der vor fast hundert Jahren für eine andere Materie, für einen anderen Prozeßzweig und keineswegs sonderlich überlegt geschaffen worden ist" [21]. Unter diesen Umständen ist eine überzeugende Argumentation sicherlich nicht dadurch möglich, daß einzelne Ausdrücke des Gesetzestextes auf die begriffsjuristische Goldwaage gelegt werden, um damit zu endgültigen Erkenntnissen - wie im vorliegenden Fall, zur Beschränkung auf echte Parteistreitigkeiten - zu gelangen.

Prozeßrecht ist Zweckmäßigkeitsrecht; "Begriffsjurisprudenz und Förmelei" [22] sind im Prozeß besonders unangebracht. Eine Maxime, die im Verlaufe der Untersuchung noch öfters zu beachten sein wird. Auch das BVerfG hat diesen Grundsatz zur Auslegung des verfassungsgerichtlichen Anordnungstatbestandes (§ 32 BVerfGG) herangezogen und diese ebenfalls dem Zivilprozeß nachgebildete Normierung vorläufiger Regelungen den Erfordernissen des Verfassungsprozesses angepaßt.

So hat das Gericht in der zivilprozessualen Terminologie der "Zustandregelung im S t r e i t f a l l " (§ 32 Abs. I BVerfGG) kein Hindernis gesehen, das einer Anwendung der Vorschrift in den Verfahren des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes entgegenstehen könnte [23]. Der Begriff des "Streit-

---

21) Quaritsch, S. 231; vgl. vorne im Geschichtsteil, S. 12 ff.

22) Baumbach/Lauterbach, ZPO, Einl. III 5 B.

23) § 32 BVerfGG gilt grundsätzlich für a l l e im BVerfGG vorgesehenen Verfahren. Vgl. BVerfGE 1, 282; 12, 36 (39); Lechner, BVerfGG, § 32 Anm. 3 a), m.w.N.

falles" beinhaltet nach der Rechtsprechung des BVerfG nicht nur den Rechtsstreit im herkömmlichen Sinne, in dem zwischen zwei Parteien um geltend gemachtes und bestrittenes Recht gestritten wird [24], sondern sämtliche dem BVerfGG bekannten Gerichtsverfahren. Im Sinne der prozessualen Notwendigkeit wird der Begriff - über die vom allgemeinen Wortlaut erfaßten kontradiktorischen Verfahren hinaus - weit ausgelegt und auch auf die abstrakten Normenkontrollverfahren ausgedehnt [25].

Solch teleologische Gesetzesinterpretation bis zur Grenze des noch möglichen Wortsinnes, unter Berücksichtigung der entsprechenden Gerichtsbarkeit, erscheint auch bei § 123 VwGO angebracht. Der isolierten Wortlautinterpretation kann mithin schon deshalb keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden; diese kann letztlich nur dem Normzweck abgewonnen werden.
Unter diesem Gesichtspunkt fällt es nicht schwer, die prima facie auf Parteistreitigkeiten zugeschnittenen Begriffe in einer Weise zu interpretieren, die - sollte es der Zweck der Norm erfordern - auch auf das Normenkontrollverfahren zutrifft. So sprengt es nicht einmal den Rahmen des "noch möglichen Wortsinnes", wenn etwa der Begriff des Streitgegenstandes untechnisch i.S.v. Verfahrensgegenstand aufgefaßt wird. Der Begriff des "Zustandes" kann gleichermaßen auf die Eigenschaft einer gewissen Dauer, der Dauer irgend eines Verfahrens bezogen werden, ohne daß notwendig die Beschränkung auf einen Parteistreit inbegriffen wäre.
Auch der Ausdruck "streitiges Rechtsverhältnis" schließt die Anwendung des § 123 VwGO auf das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren nicht unbedingt aus. [26]

---

24) BVerfGE 1, 74 f. (Zur Verfassungsbeschwerde).

25) Vgl. BVerfGE 1, 85 f.; 1, 281 f.; 2, 103; 7, 367 (370); 7, 493; 8, 42; 12, 36.

26) A.A. zuletzt wieder Engelken a.a.O. (Voranm. 16).

Dieser von der Feststellungsklage her geläufige Terminus ist zwar trotz vielfältiger Bemühungen, die ihren Niederschlag in einem umfangreichen Fallrecht gefunden haben, noch nicht fest umrissen. Doch hat man sich allgemein auf die Formel geeinigt, Rechtsverhältnisse seien die rechtlichen Beziehungen, die sich aus einem konkreten Sachverhalt auf Grund einer öffentlich-rechtlichen Regelung für das Verhältnis mehrerer Personen untereinander oder einer Person zu einem Sachgut ergeben [27].

Mit dieser Definition wird die allgemeine Rechtsunterworfenheit der Bürger, die aus jeder Rechtsnorm erwächst, ausdrücklich ausgeschieden [28]. Eine bloße Rechtslage, abstrakte Rechtsfragen und insbesondere die Gültigkeit einer Rechtsnorm können somit nicht Rechtsverhältnisse und damit auch nicht Gegenstand einer e.AO nach § 123 VwGO sein [29].

Obwohl nun gerade die allgemeine Gültigkeit einer Rechtsnorm und nicht etwa die Anwendung der Norm auf einen konkreten Sachverhalt Gegenstand des Verfahrens nach § 47 VwGO ist, spricht dies doch nur scheinbar gegen die Anwendbarkeit des § 123 VwGO im Rahmen dieses Verfahrens.

Wenn zum Beispiel Engelken [30] neuerdings wieder betont, im Normenkontrollverfahren sei kein Rechtsverhältnis im Sinne von § 123 Abs. I S. 2 VwGO streitig, so ist dem zuzustimmen.

---

27) Vgl. z.B.: Menger, System, S. 233 ff.; ähnlich Eyermann/Fröhler, § 43 Rdnr. 3; Redeker/v.Oertzen, § 43 Rdnr. 2; Klotz, S. 188; BVerwG 14, 235; DVBl. 1963, S. 782; DÖV 1964, S. 702; DÖV 1965, S. 169; auch Engelken legt diese Definition seinen Ausführungen zugrunde (a.a.O. Voranm.16).

28) A.A. Renck, DÖV 1964, S. 651 ff. (655), der ein konkretes Rechtsverhältnis zwischen "normgebendem Staat und dem Bürger" annehmen will; vgl. zu diesem Rechtsverhältnis im weiten Sinn: S. Nawiasky, Allgm. Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., 1958, S. 153.

29) Redeker/v.Oertzen, § 43 Rdnr. 4; BVerwGE 3, 265 f.; 7, 30 (32).

30) DÖV 1965, S. 169; a.a.O. (Voranm. 16), S. 336.

Doch ist diese Feststellung für die Frage der Anordnungsbefugnis ohne Belang. Nach § 123 Abs. I S. 2 VwGO muß ein "streitiges Rechtsverhältnis" Bezugspunkt, bzw. Gegenstand der e.AO, also des vorläufigen Verfahrens, und nicht des nachfolgenden Hauptsachverfahrens sein. Auf den Verfahrensgegenstand des Normenkontrollverfahrens kommt es somit überhaupt nicht an. Entscheidend für die Zulässigkeit e.AOen ist insoweit vielmehr die Frage, ob zwischen den Beteiligten des Hauptsachverfahrens Rechtsbeziehungen existieren, die ein Rechtsverhältnis begründen können.
Bei Beantwortung dieser Frage für das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren ist zu berücksichtigen, daß mit einer e.AO keine Regelung in Bezug auf die Gültigkeit von Rechtsvorschriften angestrebt werden kann und in der Regel auch nicht angestrebt wird. Solche Zielsetzungen sind - wie später noch ausführlich zu behandeln sein wird - schon der Natur der Sache nach ausgeschlossen [31]. Den Antragsteller im Anordnungsverfahren wird eine Regelung der Rechtsunterworfenheit sämtlicher Normadressaten normalerweise auch nicht interessieren, ihm wird es vielmehr darauf ankommen, die gerade ihm gegenüber durch die Anwendung der Norm entstandenen oder zu erwartenden Nachteile abzuwenden. Dadurch werden aber die allgemeinen Rechtsbeziehungen zwischen Normgeber und sämtlichen Normadressaten auf die Beziehungen zwischen Antragsteller und normanwendender Behörde bzw. Erlaßbehörde "konkretisiert". Das heißt nach ganz allgemeiner Ansicht, daß sich die allgemeine Rechtsunterworfenheit des Antragstellers zu einem Rechtsverhältnis "verdichtet" [32]. Dieses Rechtsverhältnis ist "streitig", wenn der Betroffene "Möglichkeit oder Art und Weise der Entstehung des Rechtsverhältnisses verneint, also seine Rechtmäßigkeit leugnet"[33].

---

31) Vgl. hinten: 2. Abschn. § 8, III.

32) Vgl. etwa Redeker/von Oertzen, § 43 Rdnr. 5; OVG Berlin, NJW 1960, S. 1410; Eyermann/Fröhler, § 43 Rdnr. 3.

33) Quaritsch, S. 344.

Genau dies ist aber die Situation, die gemäß § 47 S. 2 VwGO 1. Alt. Anlaß und prozessuale Voraussetzung für die Erhebung des Normenkontrollantrags ist.
Auch wenn der Bürger noch keinen Nachteil erlitten hat, ein solcher aber in absehbarer Zeit zu erwarten ist (zweite Möglichkeit der Nachteilsvoraussetzung in § 47 S. 2 VwGO), kann die zur Annahme eines Rechtsverhältnisses notwendige Konkretisierung der Rechtsbeziehungen eintreten.
Der Begriff des Rechtsverhältnisses i.S.v. § 123 Abs. I S. 2 VwGO ist nicht auf Konkretisierung der Rechtsbeziehungen durch bereits tatsächlich geschehene Rechtsverletzungen seitens der Behörde beschränkt. Dies verdeutlicht der Wortlaut des Anordnungstatbestandes: Die e.AO kann ergehen, "um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern". Da nicht angenommen werden kann, daß nur "weitere" wesentliche Nachteile abzuwenden sind, und der zweite Anordnungszweck ohnehin von einer zukünftigen Rechtsverletzung ausgeht ("drohende Gewalt"), liegen im Blickfeld des Gesetzgebers offensichtlich auch, wenn nicht gar vornehmlich, noch nicht eingetretene, aber bevorstehende Rechtsverletzungen [34]. Ein Rechtsverhältnis muß also schon entstehen können, wenn die Rechtsstellung des Antragstellers gefährdet ist. [35]
Eine derartige Gefährdung wird zum Beispiel durch die Behauptung der zuständigen Behörde, zum Eingriff in die Rechtsstellung des Bürgers kompetent zu sein, oder durch den erkennbaren Willen zum Gebrauch dieser Kompetenz hervorgerufen. "Streitig" ist das so entstandene Rechtsverhältnis, wenn die Kompetenz von dem Betroffenen geleugnet wird.

---

34) Vgl. hier und im folgenden: Quaritsch, S. 346.

35) Vgl. zur Gleichsetzung von Gefährdung und Eingriff im Zivil(prozeß)recht: bzgl. §§ 823, 1004 BGB, Palandt, BGB, Einf. v. § 823 Anm. 8 b), § 1004 Anm. 6; bzgl. § 940 ZPO, Stein/Jonas/Schönke, ZPO § 940 Anm. II.

Zusammenfassend kann festgestellt werden, das von § 123 Abs. I S. 2 VwGO geforderte Rechtsverhältnis ist zwar nicht Gegenstand, aber Anlaß des Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO. Dies genügt, um e.AOen nach § 123 VwGO nicht an dieser Voraussetzung scheitern zu lassen. Insoweit sind vorläufige Regelungen "unbeschadet des Zusammenhangs mit dem auf Kontrolle einer Norm gerichteten Hauptsachverfahren zulässig, um gegebenenfalls den Eintritt der Nachteile zu verhindern, die Anlaß und prozessuale Voraussetzung für die Erhebung des Normenkontrollantrags sind". [36)]

Sämtliche vom Wortlaut des § 123 VwGO ausgehenden Bedenken haben sich mithin als nicht durchschlagend erwiesen. Ganz abgesehen davon, daß ihnen schon aus methodischen Gesichtspunkten ohne Stütze in weiteren Auslegungsergebnissen allein keine entscheidende Bedeutung beigemessen werden kann. Dies gilt auch für die hier zu den verschiedenen Begriffen des § 123 VwGO entwickelten Überlegungen.

Die weiterhin vertretene Ansicht, § 123 VwGO könne nur für die in den §§ 42, 43, 113 VwGO erfaßten Klagearten, für die es ein Berufungsverfahren gäbe, gelten, findet außerhalb des Wortlauts keine Stütze. Der in dieser Richtung argumentierende BW VGH [37)] kann dann auch keine Begründung für diese Behauptung vortragen. Der Verweis auf § 123 Abs. II VwGO ersetzt jedenfalls - wie Klotz [38)] richtig bemerkt - nicht den Beweis dieser These. Diese Gesetzesstelle bestimmt le-

---

36) BW VGH, Beschl.d. IV. Sen. v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102 ff. = VerwRspr. 18, S. 502 ff. (504). In dem NKV ging es um die Gültigkeit einer als Satzung erlassenen Prüfungsordnung einer Industrie- und Handelskammer bzgl. der Regelung zur vorzeitigen Zulassung zur Lehrabschlußprüfung.

37) Beschl. v. 30.6.1961, a.a.O. (Voranm. 16).

38) A.a.O., S. 189.

diglich das im Instanzenzug für den Erlaß e.AOen zuständige Gericht. Aus dieser Festsetzung kann aber nicht herausgelesen werden, daß e.AOen nur bei Verfahren mit verschiedenen Instanzen zulässig wären. Wer so argumentieren wollte, würde Zuständigkeits- und Zulässigkeitsregelungen verwechseln.

Richtig ist, daß die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren weder in § 123, noch in § 47 VwGO ausdrücklich gesetzlich geregelt ist. Dem Gesetzgeber stand bei der Übernahme der zivilprozessualen Vorschriften über die Anordnungsbefugnis offensichtlich nur das verwaltungsgerichtliche Streitverfahren vor Augen. Deshalb kann im Schweigen des Gesetzes auch keine bewußte negative Regelung gesehen werden.
Bei Abfassung des § 123 VwGO war der Blick des Gesetzgebers noch nicht frei für jene planwidrigen Unvollständigkeiten, die die Übernahme der zivilprozessualen Anordnungsregelung mit sich brachte, da er noch ganz unter dem Eindruck der grundsätzlichen Auseinandersetzung um die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Verfahren stand. Die Frage der Zulässigkeit e.AOen bei § 47 VwGO war bei Normierung der beiden gesetzlichen Tatbestände einfach nicht gesehen und deshalb auch nicht geregelt worden [39].
Im übrigen steht trotz der vom Gesetzgeber der VwGO versäumten ausdrücklichen Normierung noch nicht fest, ob das Gesetz vielleicht nicht doch eine Regelung enthält.
Bei der Auslegung eines Gesetzes kommt es bekanntlich nicht auf den Willensakt der Rechtsetzung an, sondern auf den im Gesetz irgendwie zum Ausdruck kommenden objektivierten Gesetzeswillen, wie er sich zum Auslegungszeitpunkt aus dem

---

39) Selbst die von Engelken, S. 332 angenommene bewußte Lücke, dürfte dem Gesetzgeber eine nicht vorhanden gewesene Übersicht unterstellen.

Wortlaut der Gesetzesbestimmungen und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den diese hineingestellt sind [40]. Das Gesetz kann so in der Tat einsichtiger sein als der Gesetzgeber [40].

Unter Berücksichtigung dieser Auslegungsgrundsätze und der in diesem Abschnitt erarbeiteten Erkenntnis, daß § 123 Abs. I VwGO trotz seines offensichtlichen Zuschnitts auf die verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren sich einer Anwendung im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens nicht unbedingt verschließt, wenn die Untersuchung der Normzwecke ein derartiges Ergebnis mit sich brächte, läßt die Systematik der VwGO eine Anwendbarkeit des Anordnungstatbestandes bei § 47 VwGO zumindest offen.
§ 47 VwGO setzt voraus, daß alle diejenigen Bestimmungen des Verwaltungsprozeßrechts, die nicht wegen grundsätzlicher Unterschiede zur Zweckbestimmung des Normenkontrollverfahrens auszuscheiden haben, zumindest entsprechend anzuwenden sind. So werden die Vorschriften des siebten Abschnitts (Allgemeine Verfahrensvorschriften), des neunten Abschnitts (Verfahren im ersten Rechtszug) und die Vorschriften über die Kosten angewandt, ohne die das Normenkontrollverfahren überhaupt nicht durchführbar wäre, da § 47 VwGO außer der Ermächtigung für die Bundesländer zur Einführung des Verfahrens nur die Antragsberechtigung, die Form der Entscheidung, die allgemeine Verbindlichkeit bestimmter Entscheidungen und ihre Veröffentlichung regelt, und auch die Ausführungsgesetze einschlägige weitere Regelungen vermissen lassen [41].

Dementsprechend erstreckt sich § 123 VwGO als Vorschrift des

---

40) BVerfGE 1, 312; 8, 307; 10, 244; 11, 130 f.; vgl. zu diesen Auslegungsfragen ausführlich hinten: 3. Abschn. § 11.

41) Vgl. BW VGH, Beschl.d. IV. Sen. v. 14.2.1967, BWVBl. 1967, S. 74 ff. = DVBl. 1967, S. 462 ff.

elften Abschnitts auf alle Verfahrensarten, grundsätzlich also auch auf die Normenkontrolle gemäß § 47, zumal in § 123 Abs. V e.AOen nur für die Anfechtungsklage ausdrücklich ausgeschlossen sind. Ob grundsätzliche Besonderheiten des Normenkontrollverfahrens diese Anwendbarkeit wieder ausschließen, wird im folgenden eingehend zu untersuchen sein. Wortlaut und Stellung der Vorschrift in der VwGO stehen dem jedenfalls nicht entgegen.

II. Rechtssystematische Argumentation

Die lediglich indizielle Wirkung des Wortlautarguments [42] wird auch von den Vertretern dieser Argumentationsweise anerkannt und demzufolge durch ergänzende Überlegungen zu stützen versucht.

So stärkt der II. Sen. des BW VGH [43] seine Wortlautinterpretation mit einem rechtssystematischen Argument, wenn er ausführt, daß die Vorschrift des § 123 VwGO das durch § 47 VwGO zur Disposition des Landesgesetzgebers gestellte Normenkontrollverfahren überhaupt nicht betreffen kann und will.

Mit anderen Worten: Das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren sei ein selbständiges l a n d e s r e c h t l i c h e s Verfahren, in dem die b u n d e s r e c h t l i c h e Normierung der e.AO keine Anwendung finden könne [44].

---

42) Larenz, Methodenlehre, S. 304.

43) Beschl. v. 30.6.1961, ESVGH 11, 22 ff. = BWVBl. 1961, S. 138 ff., hier m.Anm.v. Klickermann, S. 140 f. Klickermann stimmt dem Gericht in Ergebn.u.Begr. für den Bereich der Bauplanung zu, lehnt aber ansonsten e.AOen im vwgrtl.NKV grundsätzlich ab. Auch Ule, VwGO, § 47 Anm. III 3 u. VPR, S. 251 bejaht insoweit die Zulässigkeit e.AOen, obwohl er diese ansonsten grundsätzlich ablehnt.
Kritisch dazu: Engelken, S. 332, der zu Recht darauf hinweist, daß es sich bei der Zulässigkeit e.AOen um eine Frage handelt, die einheitlich entschieden werden muß.

44) Zustimmend: Klickermann, a.a.O. (Voranm.); vgl. auch Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 1.

Ausgangspunkt dieser Überlegungen ist die Annahme, daß § 47 VwGO als reine Ermächtigungsnorm zur Einführung des Normenkontrollverfahrens den Ländern die Ausgestaltung des Verfahrens im einzelnen - innerhalb des von ihm gesteckten Rahmens - zur freien Regelung überlasse.

Der Bundesgesetzgeber habe den Landesgesetzgebern weitergehende Schranken als die in § 47 VwGO enthaltenen nicht setzen wollen. Diese Absicht sei in der Rechtslage begründet, die schon vor Verkündung der VwGO im Jahre 1960 bestanden hat: Die Länder, die in ihren Verwaltungsgerichtsgesetzen die Normenkontrolle eingeführt hatten, hatten insoweit auch eigene Verfahrensregelungen aufgestellt; insbesondere auch ausdrückliche Vorschriften über den Erlaß e.AOen. Diese Vorschriften sollten auch nach Inkrafttreten der VwGO weiter Geltung besitzen und von der neuen bundeseinheitlichen Regelung nicht erfaßt werden. Aus diesem Grunde habe die VwGO die diesbezüglichen Fragen ausdrücklich offen gelassen. Maßgebend für die Zulässigkeit e.AOen im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO sei somit nicht die VwGO, sondern die entsprechenden Ländergesetze zur Ausführung der bundesrechtlichen Ermächtigung [45].

Diese Ausführungen können nicht unwidersprochen bleiben.

Abgesehen davon, daß die dem Gesetzgeber der VwGO unterstellten Absichten nirgendwo in den Motiven oder Protokollen nachweisbar sind, ist schon die Prämisse obiger Überlegung unrichtig: § 47 der Verwaltungsgerichtsordnung von 1960 ist kein landesrechtliches, sondern, wie die VwGO selbst, ein bundesrechtliches Verfahren.

---

45) Da diese keine Regelung enthalten, zieht der BW VGH § 25 StGHG für BW analog heran, um auf diesem Weg doch eine Zulässigkeit e.AOen im vwgrtl. NKV begründen zu können.

Die VwGO überläßt - wie Klotz [46] richtig ausgeführt hat - den Ländern nur die Freiheit der E i n f ü h r u n g des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens. Nur das " O b " , nicht auch das " W i e " der Normenkontrolle ist den Ländern überlassen. Wird es eingeführt, so kann nur die VwGO das regelnde Verfahrensgesetz sein: Art. 74 Nr. 1 GG verweist die gerichtlichen Verfahren in den Bereich der konkurierenden Gesetzgebung des Bundes, was zur Folge hat, daß die diesbezügliche Gesetzgebungskompetenz der Länder nur gegeben ist, "solange und soweit der Bund von seinem Gesetzgebungsrecht keinen Gebrauch macht" (Art. 72 Abs. I GG). Das Normenkontrollverfahren ist mit seiner Regelung in § 47 VwGO - mindestens in formellem Sinne - [47] Teil der bundeseinheitlichen Verwaltungsgerichtsbarkeit geworden. Das bedeutet, daß die Länder nach der abschließenden Kodifikation auf diesem Gebiet keine Gesetzgebungskompetenz mehr besitzen.

Diese fehlende Kompetenz kann nun nicht über die Ermächtigungsklausel des § 47 VwGO wiederum begründet werden, indem man argumentiert: Zwar hat der Bund durch seine Verfahrensregelung (VwGO) den Ländern insoweit die Kompetenz genommen, aber speziell für das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren hat er sie ausnahmsweise bestehen lassen; in der Freiheit der Länder, die Normenkontrolle einzuführen, ist auch die Freiheit zur autonomen Verfahrensgestaltung enthalten.
Die Ermächtigung des § 47 VwGO kann sicherlich auch in dieser Richtung ausgelegt werden, enthält aber keinerlei Hin-

---

46) DÖV 1966, S. 1910; vgl. auch BW VGH v. 14.2.1967, BWVBl. 1967, S. 74 ff.

47) Zur Frage, wie § 47 VwGO im materiellen Sinn zu qualifizieren ist (evtl. als Verfassungsgerichtsbarkeit), vgl. unten: 2. Abschn., § 8, VI.

weis auf eine solche Ausnahmeregelung. Wenn aber keine begründeten Anhaltspunkte für eine Ausnahmeregelung sprechen, die entscheidende Norm vielmehr nach beiden Seiten hin, zur Grundsatzregelung, als auch Ausnahmeregelung interpretiert werden kann, so ist die Grundsatzregelung anzuwenden. Eine Ausnahmekompetenz der Länder zur Regelung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens kann somit nicht angenommen werden.

Soweit § 47 VwGO selbst keine Regelung enthält, sind die allgemeinen Verfahrensbestimmungen der VwGO heranzuziehen, sofern sie mit dem Wesen und den Besonderheiten der Normenkontrolle vereinbar sind [48]. Die allgemeine Verfahrensnorm des § 123 VwGO kann somit grundsätzlich auch im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren angewandt werden, sofern Wesen und Besonderheiten dieses Verfahrens nicht entgegenstehen [49]. Diese Rechtsansicht wird durch die Tatsache bestätigt, daß keines der Länder, die die Normenkontrolle eingeführt haben, das Verfahren besonders geregelt hat [50].

III. Keine vorläufige Rechts(un)gültigkeit

Wesen und Eigenart der abstrakten Normenkontrolle bilden dann auch die Ausgangsbasis für die entscheidenden Vorbehalte gegen die Zulässigkeit einstweiliger Anordnungen in dieser Verfahrensart.
So wird von den Gegnern der Zulässigkeit der e.AOen vorgebracht, daß sich der Gegenstand des Normenkontrollverfahrens

48) Eyermann/Fröhler, VwGO, § 47 Rdnr. 37; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 15; Ule, VwGO, § 47 Anm. III 2.

49) Vgl. zu dieser Frage unten: 2. Abschn., § 8, VI.

50) BW VGH, Beschl. v. 14.2.1967, DÖV 1967, S. 462 = BWVBl. 1967, S. 74 ff.

schon rein denkgesetzlich jeglicher vorläufigen Regelung deshalb entziehen müsse, weil die Entscheidung über die Wirksamkeit einer Rechtsnorm ihrem Wesen nach irreversibel sei [51].

In der Tat kann das Begehren, die im Normenkontrollverfahren angegriffene Vorschrift vorläufig für nichtig zu erklären, von dem Gericht nicht durch Erlaß einer e.AO verfolgt werden.
Die Feststellung der Nichtigkeit zielt ihrem Wesen nach auf eine dauernde Entscheidung und entzieht sich einer nur vorübergehenden Regelung. Eine vorläufige - also zeitlich begrenzte - Gültigkeit oder Ungültigkeit einer Rechtsvorschrift gibt es nicht. Nicht von ungefähr hat die Nichtigerklärung einer Norm im Hauptsachverfahren rein deklaratorischen Charakter [52] und ex-tunc-Wirkung. Auch der von Quaritsch [53] in diesem Zusammenhang angeführte fehlende Instanzenzug [54] bei den verfassungsgerichtlichen und dem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren zeigt deutlich die in der Natur der Sache liegende Irreversibilität der diesbezüglichen Entscheidungen. Eine Abhängigkeit von Zeitmomenten kann es somit bei der Gültigkeitsfrage von Normen nicht geben.

---

51) Wieseler, S. 191, FN 31; Wolfram, S. 160; OVG Lüneburg, OVGE 17, 343 ff. (345), Beschl. v. 23.6.1961; VGH Kassel, Beschl.d. IV. Sen. v. 25.11.1969, NJW 1970, S. 1619.

52) Lechner, BVerfGG, § 13 Ziff. 6, Anm. 2 a.E. m.w.N.

53) S. 365.

54) Ganz h.M., vgl. dazu: Kratzer, DÖV 1954, S. 44 ff.; Schoen, DÖV 1954, S. 46 f.; Ule, VwGO, § 47 III 5.; Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 16; Schunck/de Clerck, § 47 Anm. 3 b; H. Müller, DVBl. 1968, S. 97; Wolfram, S. 168; Stern, JuS 1965, S. 189; a.A. aber Keil, DVBl. 1969, S. 529 m.w.N.
Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die einstufige Ausgestaltung speziell des vwgrtl. NKV bestehen nicht: BVerfGE v. 22.6.1960, Bd. 11, S. 232 ff. (233); vgl. auch E 8, 174.

Dieser Grundsatz erfährt keine Ausnahmen.
Der von Grundmann [55] für das verfassungsgerichtliche Anordnungsverfahren entwickelten Auffassung, daß bei offensichtlicher Verfassungswidrigkeit der angegriffenen Norm die endgültige Entscheidung zeitlich und inhaltlich mit der e.AO zusammenfallen dürfe, kann in dieser Form nicht gefolgt werden.
Auf den ersten Blick mag zwar das Argument bestechen, daß es nicht einzusehen sei, "weshalb nicht schon im Anordnungsverfahren eine ohne Zweifel als verfassungswidrig erkannte Norm für verfassungswidrig erklärt werden soll; ... (denn) ein verfassungswidriges Gesetz kann nicht durch Zeitablauf (bis zur Entscheidung im Nachverfahren) verfassungsgemäß werden" [56].
Zu einer solchen Entscheidung im Schnellverfahren fehlt jedoch die gerichtliche Befugnis: Einmal bezieht sich die richterliche Interimskompetenz - das gilt für alle Verfahrensordnungen - lediglich auf eine vorläufige Zustandsregelung; mit dem Begriff des Zustandes werden die vom Gericht zu treffenden Maßnahmen in ihrer Wirkung auf irgendeine Dauer - regelmäßig auf Verfahrensdauer - beschränkt. Zum anderen beinhaltet eine e.AO ihrem Wesen gemäß nur eine vorläufige Regelung. Die Vorläufigkeit hat zuvörderst einen rein prozessualen, prozeßtechnischen Sinn. Nämlich - und hier muß sich Grundmann seine eigenen Erkenntnisse entgegenhalten lassen - die Tatsache, daß dem Anordnungsverfahren notwendig ein Nachverfahren zu folgen hat [57]. Aus dieser Notwendig-

---

55) Einstweilige Anordnungen bei behaupteter Verfassungswidrigkeit von Gesetzen, DVBl. 1959, S. 875 ff. (876). Grundmann will den vom BVerfGE 3, 34 (37) aufgestellten Grundsatz, daß im AO-Verfahren "eine Entscheidung über die Rechtswirksamkeit des Gesetzes noch nicht getroffen werden könne" mit diesen Überlegungen in Einzelfällen durchbrechen.

56) Grundmann, a.a.O. (Voranm.).

57) Grundmann, a.a.O. (Voranm. 55).

keit folgt, daß das vorläufige Verfahren dem Nachverfahren zu dienen hat und es nicht verhindern darf. Erfolgt aber die endgültige Entscheidung im Rahmen des Vorverfahrens, so wird die Ungültigkeit der Norm ein für allemal festgestellt und es bleibt - wie Grundmann selbst zugibt - [58] "für ein Nachverfahren, eine im prozessualen Sinne abschließende Entscheidung ... freilich kein Raum mehr; beide Entscheidungen fallen zusammen, inhaltlich und zeitlich, also auch prozessual".

Streng zu scheiden von dieser Problematik ist die Frage, ob in der Form einer vorläufigen Regelung die Endentscheidung nicht faktisch vorweggenommen werden kann. Darauf wird später noch ausführlich einzugehen sein [59]. Hier geht es lediglich um die Frage, ob a n S t e l l e der vorläufigen Regelung im Anordnungsverfahren die Rechtsfrage der Hauptsache, nämlich die Frage der Gültigkeit der angegriffenen Norm, endgültig entschieden werden kann.

Im Ergebnis bleibt somit festzuhalten, daß selbst bei offensichtlicher Ungültigkeit von Normen deren Nichtigkeit nicht im Anordnungsverfahren festgestellt werden kann.
In solchen Fällen ist vielmehr die Hauptsache entscheidungsreif, sodaß für eine Regelung in einem vorläufigen Verfahren kein Raum und in der Regel auch kein Bedürfnis besteht. Falls bereits ein Hauptverfahren anhängig ist, hat Endentscheidung zu ergehen.
Sollte ausnahmsweise doch ein Bedürfnis nach einer vorläufigen Regelung bestehen, weil die Abfassung des Endurteils zu lange Zeit in Anspruch nimmt, oder weil noch kein Hauptverfahren anhängig ist (§ 123 Abs. I S. 1 VwGO), so ist im An-

---

58) A.a.O. (Voranm. 55).
59) Vgl. dazu ausführlich im folgenden: 2. Abschn. § 8, IV.

ordnungsverfahren jedenfalls nicht die endgültige Entscheidung über die Gültigkeit der Norm zu treffen, sondern eine nur vorläufig regelnde Maßnahme in besonderem Maße geboten. Ob diese vorläufige Maßnahme eventuell der späteren Endentscheidung vorgreifen kann, ist eine andere, hier nicht behandelte Problematik.

Bleibt es folglich bei dem Grundsatz, daß eine Norm niemals vorläufig für nichtig erklärt werden kann, so hindert dies aber nicht, einstweilige Maßnahmen im Normenkontrollverfahren zuzulassen. Zu Recht weisen die Verfechter der Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren darauf hin, daß eine solche Argumentation völlig an der Sache vorbeigeht [60].

Der Antrag auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung zielt nicht - wie mit dieser Argumentationsweise unterstellt wird - auf eine vorläufige Nichtigerklärung der angegriffenen Norm. In Wirklichkeit geht es hierbei nur um die vorläufige Abänderung des Zustandes, der durch die angegriffene Norm entstanden ist: Die Gefahr von Eingriffen auf Grund der für nichtig angesehenen Norm soll beseitigt werden. Es soll ein modus vivendi zwischen dem Antragsteller und dem Antragsgegner des Normenkontrollverfahrens geschaffen werden, der den Streitpunkt bis zur Endentscheidung neutralisiert und den Rechtsfrieden insoweit wiederherstellt.
Schon früh ist erkannt worden, daß dies durch eine Vollzugsaussetzung der umstrittenen Norm bis zur Entscheidung erreicht werden kann [61], ohne vor der endgültigen Entschei-

---

60) Vgl. Grundmann, a.a.O. (Voranm. 55); Klein/Kupfer, S.75; Knoll, S. 99; Klotz, S. 189; Obermayer, Gedächtnisschr. S. 888; Quaritsch, S. 365; BW VGH, Beschl.v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102.

61) Vgl. die verfgerichtl. AO-Rspr. des RStGH: z.B. L/S 2, 66 (72), wo es sich um die "Aussetzung des Vollzuges einer Notverordnung durch e.V" handelte.

dung übermäßig in die Gesetzgebungshoheit der normsetzenden Gewalt einzugreifen. In Fortsetzung der Rechtsprechung des RStGH hat das BVerfG [62] in mehreren Fällen derartige e.AOen erlassen.
Nicht anders liegt die Problematik bei der Kontrolle unterlandesgesetzlicher Normen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren. Auch hier kann nur eine vorläufige Aussetzung des Normvollzugs zur Debatte stehen [63]. Die Ungültigkeit der angegriffenen Norm ist somit nicht Ziel, sondern lediglich Rechtsgrund der e.AOen [64].

Dieser Praxis kann nicht eine mangelnde richterliche Kompetenz zur Vollzugsaussetzung entgegengehalten werden [65].
Es ist zwar richtig, daß kein Gericht eine "echte" Rechtsnorm suspendieren kann. Darum geht es aber auch nicht. Es geht vielmehr ausschließlich darum, den Zeitraum der rechtlichen Ungewißheit über die Frage, ob überhaupt eine Rechtsnorm vorliegt, zu überbrücken. Diese Befugnis ist aber gerade die hier in Frage stehende richterliche Interimsmacht bei Normenkontrollverfahren. Bejaht man diese Frage, so muß die

---

62) Vgl. die bei Quaritsch, S. 365, FN 275 u. Leibholz/Rupprecht, BVerfGG, § 32 Rdnr. 15 zusammengestellte Rspr. So auch der Bay VerfGH, VerwRspr. 9, 912 ff.; VerwRspr. 15, 518; vgl. auch VGHE n.F 8, 33; 10, 54; 18, 50.

63) Grundmann, S. 875; Klein/Kupfer, S. 75; Klotz, S. 189; Obermayer, S. 888; Quaritsch, S. 365; BW VGH, Beschl.v. 30.6.1961, ESVGH 11, 22; Beschl.v. 14.3.1963, ESVGH 13, 81; Beschl.v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102; Beschl.v. 14.2.1967, BW VBl. 1967, S. 74 ff. = DVBl. 1967, S. 462; Beschl.v. 31.1.1969, S. 42.

64) Grundmann, S. 877.

65) So aber Arndt, NJW 1958, S. 337; DÖV 1959, S. 84; JZ 1960, S. 489. Arndt greift die Terminologie des BVerfG an und meint, der Begriff Vollzugsaussetzung sei unzutreffend, da das Gericht zu einer derartigen Maßnahme nicht berechtigt sei. Nach seiner Ansicht geht es um Klärung der Frage, ob die "in der Form eines Gesetzes und mit dem Anspruch auf Rechtsgeltung ergangene Entscheidung der gesetzgebenden Organe" überhaupt eine Rechtsnorm sein könnte, Gegenstand der Prüfung des Verfahrens der e.AO und der Endentscheidung sei dieser "Rechtsschein".

in der Anordnungskompetenz begrifflich enthaltene Vollzugsaussetzungskompetenz [66] ebenfalls anerkannt werden.

Die Vollzugsaussetzungsbefugnis kann schließlich auch speziell im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nicht mit einem Hinweis auf die Regelung in § 123 Abs. V VwGO verneint werden [67]. Die Analogie zum Vollzugsaussetzungsverbot bei Verwaltungsakten ist schief. Es mangelt schon an einer gleichgelagerten Interessenlage, oder wie zuweilen formuliert wird: Der gesetzgeberische Grund trifft auf den im Zusammenhang mit der Normenkontrolle zu lösenden Sachverhalt nicht zu. § 123 VwGO hat auf dem Gebiet der hoheitlichen Einzelakte eine Ergänzungsfunktion in Bezug auf den Suspensiveffekt. Der Rechtsschutz nach § 123 VwGO kommt nur in den Fällen in Betracht, in denen der Schutz des § 80, insbesondere des § 80 Abs. V VwGO, versagt [68].
Diese aus der historischen Entwicklung heraus begründete Subsidiarität wird in § 123 Abs. V VwGO lediglich nochmals klargestellt. Mangels einer dem Suspensiveffekt entsprechenden Rechtsschutzmöglichkeit bei Einreichung der Normenkontrollklage nach § 47 VwGO, verliert § 123 Abs. V insoweit seinen Sinn und entzieht sich deshalb einer analogen Anwendung auf die Vollzugsaussetzung von Normen.

Der Hinweis auf den n a c h V o l l z u g der Norm eventuell gegebenen Suspensiveffekt von Widerspruch und Anfechtungsklage gemäß § 80 VwGO, der dann nach § 80 Abs. V

---

66) Quaritsch, S. 221; Eyermann/Fröhler § 123 Rdnr. 2; Knoll, S. 100; Ruckdäschel, S. 684; Ule, VwGO, § 123 Anm. I; ders., DVBl. 1959, S. 538.

67) So aber Wieseler, S. 191, FN 31.

68) Vgl. VGH Kassel v. 14.10.1958, DVBl. 1959, S. 144 (145); VGH Stuttgart v. 4.12.1958, VerwRspr. 11, 1031 (1033); Knoll, S. 100; Ringe, DVBl. 1958, S. 381; Quaritsch, S. 219; aber auch Wieseler selbst, S. 173.

die e.AO ebenfalls überflüssig macht [69], mag normalerweise Geltung beanspruchen, in dem hier gegebenen Zusammenhang geht er an der Eigentümlichkeit der Verhältnisse vorbei. Hier interessiert nämlich die Möglichkeit vorläufigen Rechtsschutzes v o r V o l l z u g der angegriffenen Norm, weil ein Abwarten des Vollzugs gerade die Nachteile mit sich bringen würde, die im Wege einer vorläufigen Regelung vermieden werden sollen. Mit dem Hinweis auf den Suspensiveffekt von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Vollzugsakt wird also die der Vorschrift des § 123 VwGO zugrunde liegende besondere Situation, in der ein Abwarten für die Rechtsschutzposition problematisch ist, weil dadurch "wesentliche Nachteile" zu befürchten sind, [70] ignoriert.
Wegen § 123 Abs. V VwGO kann die vorläufige Vollzugsaussetzung von Normen als Modalität eines eventuellen vorläufigen Rechtsschutzes im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nicht unzulässig sein.

IV. Nichtvorgreiflichkeit als Anordnungsvoraussetzung

Eng zusammenhängend mit der soeben behandelten Argumentation - und zum Teil auf dieser aufbauend - wird von einer zahlenmäßig starken Autorengruppe die unumgängliche " V o r g r e i f l i c h k e i t " [71] e.AOen im Rahmen des ver-

---

69) Wieseler, S. 191 FN 31 und auch Klickermann, BWVBl. 1961, S. 140 halten es für zumutbar, die Maßnahmen der Behörde auf Grund der angegriffenen Norm abzuwarten, um dann bei einer eventuellen Anfechtungsklage den SE als durchaus ausreichenden Rechtsschutz in Anspruch nehmen zu können.

70) Vgl. dazu Klotz, S. 189; auch Quaritsch, S. 365 hält den Verweis auf Anfechtungsklage und SE für "unökonomisch und dogmatisch inkonsequent".

71) Grundmann, Zur Vorgreiflichkeit, DÖV 1960, S. 680, hat diesen Begriff als schlagwortartige Zusammenfassung sämtlicher Probleme, die mit der Vorwegnahme der endgültigen Entscheidung durch eine vorläufige Regelung zusammenhängen, geprägt.

waltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens als eine weitere, wesentliche Besonderheit dieser Rechtsmaterie angesehen.

Das Verfahren gemäß § 47 VwGO ist nach dieser Auffassung einer vorläufigen Regelung deshalb nicht zugänglich, weil diese wegen der Eigenart der Normenkontrolle die Endentscheidung stets und notwendigerweise vorwegnehmen müßte. Die immer wiederkehrende, beinahe schon stereotype Formulierung [72], das Gericht müsse sich bei Erlaß e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren unzulässigerweise vorläufig die Rechtsauffassung des Antragstellers zu eigen machen und obendrein die endgültige Entscheidung vorwegnehmen, beinhaltet einen der schwerwiegendsten Gründe gegen die Zulässigkeit dieses Instituts im Rahmen des Verfahrens gemäß § 47 VwGO.

---

72) Bergmann, S. 59: "... würde die e.AO die unzulässige Vorwegnahme der endgültigen Entscheidung über die Rechtsnorm darstellen"; Eichhorn, S. 122: "... müßte sich aber das Gericht stets vorläufig die Rechtsauffassung des ASt. zu eigen machen und darüber hinaus die endgültige Entscheidung vorwegnehmen"; Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 37: "Das OVG (VGH) müßte sich sonst unzulässigerweise ... vorläufig die Rechtsauffassung des ASt. zu eigen machen und obendrein die endgültige Entscheidung vorausnehmen"; König, S. 83: "... das Gericht sonst den Rechtsstandpunkt des ASt. übernehmen müßte"; Ule, VwGO § 47 III 3.: "... wenn auch nur vorläufig den Rechtsstandpunkt des ASt. zu eigen machen und seine endgültige Entscheidung vorwegnehmen müßte"; ders., VPR, S. 251: "... wenn die e.AO der Entscheidung in der Hauptsache vorgreifen würde"; Wolfram, S. 161: "...vorläufig den Rechtsstandpunkt des ASt. zu eigen machen und seine endgültige Entscheidung vorwegnehmen müßte".
Ähnlich schon VGH Bremen, Beschl.v. 19.10.1953, DÖV 1954, S. 60 (zu § 25 VGG); neuerdings wieder der VGH Kassel, Beschl.v. 25.11.1969, NJW 1970, S. 1619: "... das würde aber bedeuten, daß sich der Senat - wenigstens vorläufig - den Rechtsstandpunkt des ASt. zu eigen machen ... müßte".
Früher wurde dieses Arg. auch gegen die verfgerichtl. e.AO vorgebracht (vgl. Lechner, BVerfGG, 1. Aufl., 1954, Anm.3a zu § 32), inzwischen aber wieder aufgegeben.

A) Übernahme des Rechtsstandpunktes eines Verfahrensbeteiligten

Die These, das Gericht müsse sich im Anordnungsverfahren notwendig den Rechtsstandpunkt des einen oder des anderen der streitenden Teile zu eigen machen und damit die Endentscheidung präjudizieren, postuliert eine - wenn auch nur summarische - Prüfung der im ordentlichen Verfahren umstrittenen Rechtsfragen [73]. Denn nur wenn im Anordnungsverfahren überhaupt zu den Rechtsfragen der Hauptsache Stellung bezogen wird, kann das Gericht einen diesbezüglichen Rechtsstandpunkt der Verfahrensbeteiligten übernehmen.
Die Einbeziehung der in der Hauptsache umstrittenen Rechtsposition in die summarische Prüfung des Anordnungsverfahrens ist aber nur dann selbstverständlich, wenn in beiden Verfahren Gleiches erreicht werden soll, also nur ein g r a d u e l l e r Unterschied zwischen Vor- und Nachverfahren besteht. Während im Hauptsachverfahren die strittige Rechtsfrage zur Überzeugung des Gerichts gelöst werden muß, müßte im Anordnungsverfahren die Glaubhaftmachung einer gewissen Wahrscheinlichkeit genügen.
Solche Identität der Streitgegenstände beider Verfahren, als Prämisse der hier in Frage stehenden These, kann nicht ohne weiteres hingenommen werden, zumal eine nähere Untersuchung eine Erhellung des Begriffs des Streitgegenstandes im Anordnungsverfahren zu erbringen verspricht.

---

73) Eine summarische Prüfung der Hauptsache fordern ausdrücklich: Redeker/von Oertzen, § 123 Rdnr. 18; Koehler § 123 Anm. III 5.; Baur, Studie, S. 35 ff. (42); Speziell im AO-Verfahren zur vwgrtl. NK: Knoll, S. 104; BW VGH Beschl. d.I.Sen.v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102 ff.; Beschl.d.IV.Sen. v. 31.1.1969, BWVBl. 1969, S. 42 ff. (43); Hess. VGH, Beschl.v. 13.11.1969, DÖV 1970, S. 100.

1. Verhältnis von Anordnungs- und Hauptsachentscheidung

a) Standpunkt von Lehre und Rechtsprechung

Um das Verhältnis der Streitgegenstände beider Verfahren klären zu können, muß der Streitgegenstand des jeweiligen Verfahrens festgestellt werden. Während mit der Frage nach der Rechtsgültigkeit der angegriffenen Norm der Prüfungsgegenstand der Normenkontrolle ohne weiteres feststeht, gilt für den Streitgegenstand des Anordnungsverfahrens auch heute noch die Feststellung von Quaritsch [74], daß man sich insoweit vergeblich Belehrung durch die prozessuale Literatur erhofft. Dieses Problem wird größten Teils "unterschlagen", oder zumindest nicht ausdrücklich abgehandelt [75].

b) Entwicklung einer eigenen Auffassung

Auf den ersten Blick scheint die Frage nach dem Streitgegenstand des Anordnungsverfahrens nicht ohne ausführliche Auseinandersetzung mit dem bekannten Theorienstreit um den Begriff des Streitgegenstandes [76] beantwortet werden zu können. Bald zeigt sich aber, daß eine brauchbare, dem Zweck der e.AO gerecht werdende Antwort auf diese Weise nicht gewonnen werden kann. Selbst in der allgemeinen Prozeßlehre haben die Besonderheiten des vorläufigen Verfahrens zu einer Ausklammerung des Streitgegenstandbegriffs des vorläufigen Verfahrens aus der allgemeinen Streitgegenstandsdiskussion

---

74) S. 234.

75) Auch Baur, S. 96 f. läßt das Problem nach einer "knappen Überlegung" auf sich beruhen, weil "ein annähernd einheitlicher Begriff des Streitgegenstandes im einstweiligen Verfahren ... sich nicht finden lasse".

76) Vgl. etwa: Schwab, Der Stand der Lehre vom Streitgegenstand im Zivilprozeß, JuS 1965, S. 81 ff. Zum gleichen Streit in der VwGO vgl. Eyermann/Fröhler § 121 Rdnr. 10.

geführt, indem der Begriff bei § 935 ZPO untechnisch aufgefaßt wird [77].

In diesem untechnischen Sinn, losgelöst "von den Subtilitäten der gegenwärtigen Streitgegenstandslehre" [78], ist auch der Streitgegenstand des verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Anordnungsverfahrens zu verstehen. Dieser ist somit nicht identisch mit dem Streitgegenstand der §§ 110 und 121 VwGO, der die Grundlage für Teilurteil und Rechtskraft darstellt, sondern vielmehr lediglich als "die Sache, um die gestritten wird" zu qualifizieren" [79].

Diese tautologische Explication bedarf indes einer weiteren Konkretisierung des Sachinhalts, um den gestritten wird. Im Streit steht der Sachverhalt, der den Grund für die Inanspruchnahme des Gerichts im konkreten Fall ausmacht, ohne den also das Anordnungsverfahren nicht in Gang gesetzt worden wäre.

Gegenstand des Anordnungsverfahrens ist die behauptete Gefährdung der Effektivität der Hauptsachentscheidung, also die Frage der Rechtsgefährdung des Antragstellers, trotz einer zusprechenden Entscheidung im ordentlichen Verfahren. Diese Rechtsgefährdung wird durch die tatbestandlichen Voraussetzungen des Erlasses einer e.AO - beispielsweise durch die Tatbestandsmerkmale des § 123 VwGO - verkörpert.

So verstanden ist der Gegenstand im Anordnungsverfahren s u b s t a n t i e l l - nicht nur graduell - verschieden vom Streitgegenstand des Hauptsachverfahrens. Was im Haupt-

---

77) So schon der Entw. I (1871) zur ZPO zu den §§ 731 bis 736, S. 496, Entw. II (1872) S. 592; zum heutigen Standpunkt vgl. z.B. Stein/Jonas, ZPO, § 935 Erl. III.

78) Quaritsch, S. 233.

79) Redeker/von Oertzen, § 123 Anm. 5; Quaritsch, a.a.O. (Voranm.).

sachverfahren umstritten ist, das "Recht haben", wird im Anordnungsverfahren gerade als gegeben unterstellt, um von diesem potentiellen Rechtsstandpunkt aus, die dem Anordnungsverfahren eigene Aufgabe der vorläufigen Sicherung und Regelung materiell ungeklärter Rechtspositionen wahrzunehmen. Der Streitgegenstand des vorläufigen Verfahrens deckt sich somit nicht mit dem des Hauptsachverfahrens [80].

c) Bestätigung dieser Auffassung durch die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung

Die Verschiedenheit der Streitgegenstände des vorläufigen und des endgültigen Verfahrens ist im verfassungsgerichtlichen Bereich schon früh erkannt worden.
So hat beispielsweise Schüle [81] im Jahre 1932 ausgeführt, daß die Sachentscheidung einerseits feststellt, was rechtens ist, die vorläufige Regelung andererseits "wesensmäßig eine Aussage darüber, wer von den Parteien im eigentlichen Recht oder Unrecht" habe, unterläßt. Die e.AO sei kein Akt materieller Rechtsfindung, sondern d i e n e nur der materiellen Rechtsfindung.

Heute ist die Verschiedenartigkeit der Streitgegenstände im vorläufigen und endgültigen Verfahren gefestigte Spruchpraxis der Verfassungsgerichte [82]. So hat das BVerfG schon in seiner ersten Entscheidung betont, daß (gerade auch) im Normenkontrollverfahren kein Schluß von der e.AO auf die Gültigkeit des angegriffenen Gesetzes gezogen werden kann. "Ge-

---

80) Im Ergebnis ebenso: Baur, S. 97; Ruckdäschel, S. 685; Quaritsch, S. 233; BW VGH Beschl.d.I.Sen.v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102 = VerwRspr. 18, 502 (504).

81) Das Problem der einstweiligen Verfügung, S. 8.

82) BVerfGE 1, 1 (3); 4, 271; 8, 42 (46); 15, 219. Vgl. auch Grundmann, E.AO, DVBl. 1959, S. 877; ders., Zur Vorgreiflichkeit, DÖV 1960, S. 684; Fuß, S. 208.

genstand der e.AO ist grundsätzlich nicht der Streitgegenstand des Hauptverfahrens, sondern die Sicherstellung des Vollzugs der Endentscheidung" [83]. Eine wichtige Konsequenz dieser Auffassung beinhaltet der vom BVerfG aufgestellte, in zahlreichen Entscheidungen bestätigte Grundsatz, nach dem bei Würdigung der Umstände, die für oder gegen den Erlaß einer e.AO sprechen, die Erwägung, wie die Endentscheidung in der Hauptsache lauten wird, regelmäßig außer Betracht bleiben muß [84].

d) Keine Notwendigkeit zur Übernahme des Rechtsstandpunktes eines Verfahrensbeteiligten

Nach der hier entwickelten - im Bereich der verfassungsgerichtlichen e.AO allgemein anerkannten - Unterscheidung der Streitgegenstände des Hauptsachverfahrens und des vorläufigen Verfahrens, muß die These, daß das Gericht im vorläufigen Verfahren im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle notwendig den Rechtsstandpunkt eines Verfahrensbeteiligten übernehmen müsse, als unzutreffend abgelehnt werden.
Ist der Streitgegenstand des Normenkontrollverfahrens nicht auch Gegenstand des Anordnungsverfahrens, ist also die Frage der Gültigkeit der angegriffenen Norm für das Anordnungsverfahren nicht maßgebend, so kann die Rechtsauffassung eines Verfahrensbeteiligten zu dieser Rechtsfrage der Hauptsache keine Rolle spielen.

---

83) Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, BVerfGG, § 32 Anm. 5.

84) BVerfGE 1, 1 (3); 3, 34 (37); 6, 1 (4); 7, 175 (179); 367 (371); 374; 11, 102 (105); 306 (309); 12, 36 (42); 276; 18, 151 (153); 24, 27 (31); 68 (74); 25, 367 (369); BayVBl. 1970, S. 400; NJW 1970, S. 2207 f.; NJW 1971, S. 91 f. = DVBl. 1971, S. 64 f.
Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein, BVerfGG, a.a.O. (Voranm.); Leibholz/Rupprecht, BVerfGG, § 32 Anm. 13 und 15; Lechner, BVerfGG, § 32, Anm. 4; Fuß, Die e.AO im verfassungsgerichtl. Verfahren, DÖV 1959, S. 201 ff. (208); a.A. Arndt, Urteilsanm., NJW 1958, S. 337 f.

2. Einwendungen gegen die Verschiedenartigkeit der Streitgegenstände von Hauptsachverfahren und Anordnungsverfahren

a) Die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich

Einige Vertreter [85] des hier kritisierten Standpunktes verweisen zur Bekräftigung ihrer Auffassung auf die Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich, der in verschiedenen Fällen e.Ven ausdrücklich deshalb abgelehnt habe, weil sich ansonsten das Gericht vorläufig den Rechtsstandpunkt eines Verfahrensbeteiligten hätte zu eigen machen müssen.

Der Hinweis auf die Rechtsprechung des RStGH bringt keinerlei neue Gesichtspunkte zur Begründung eines Anordnungsverbots im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. Er verdeutlicht vielmehr nochmals die dieser Auffassung zugrunde liegende unrichtige Vermengung der Streitgegenstände von Hauptsacheverfahren und Anordnungsverfahren.

In der angeführten Entscheidung des RStGH vom 18.7.1930 [86] wies das Gericht einen Antrag des Landes Thüringen auf vorläufige Weitergewährung von Polizeikostenzuschüssen durch das Reich als unbegründet zurück. Hierbei bezog es sich auf die Grundsätze seiner bisherigen Rechtsprechung [87], wonach mit einer e.V nicht die endgültige Entscheidung vorweggenommen werden dürfe, und fuhr dann fort:

> "Der Staatsgerichtshof kann daher auch in dem vorliegenden Fall im Verfahren über den Erlaß einer

85) Eichhorn, a.a.O.; Eyermann/Fröhler, a.a.O. (beide Voranm. 72).

86) StGH RGZ 129, Anh. S. 28 ff. (30 f.) = RStGH L/S 4, 95 (99). Die hier aufgestellten Grundsätze wurden nochmals bestätigt. Vgl. L/S 5, 24 (28).

87) StGH RGZ 126, Anh. S. 1 ff. = RStGH L/S 2, 72 ff.

> einstweiligen Verfügung keine Entscheidung treffen, durch die er sich vorläufig den Rechtsstandpunkt des einen oder des anderen der streitenden Teile zu eigen machen würde. Er kann deshalb im gegenwärtigen Zeitpunkt weder zu der Frage Stellung nehmen, ob, wie Thüringen behauptet und das Reich bestreitet, eine Rechtspflicht des Reiches auf Zahlung der Polizeikostenzuschüsse besteht, noch zu der weiteren Frage, ob das Verhalten der Thüringischen Regierung, wie das Reich behauptet und Thüringen bestreitet, dem Reichsminister des Innern ein Recht gab, die Zahlung der Zuschüsse einzustellen."

Das Gericht skizziert also nichts anderes als den Streitgegenstand des Hauptsachverfahrens, um dann festzustellen, daß es diese Rechtsfragen im vorläufigen Verfahren nicht behandeln könne. Wenn es diesen an sich richtigen Standpunkt dann aber mit dem Hinweis begründet, ansonsten würde die Endentscheidung vorweggenommen, so wird verkannt, daß diese Fragen überhaupt nicht Gegenstand des vorläufigen Verfahrens sein können. Das Gericht lehnt es also ab, "zu der Frage, die mit dem abschließenden Urteil zu entscheiden gewesen wäre, Stellung zu nehmen - als ob es nicht darum gegangen wäre, vorläufig zu entscheiden." [88] Daß eine vorläufige Entscheidung seine Aufgabe gewesen wäre, betonte der RStGH auch sogleich im folgenden Absatz, er nahm aber offensichtlich an, daß beide Streitgegenstände identisch seien.

Ob es sich hier um eine bewußte Stellungnahme des Gerichts zu der Frage der Streitgegenstände in beiden Verfahren handelte, kann bezweifelt werden [89], mag aber dahinstehen. Je-

---

88) Grundmann, Zur Vorgreiflichkeit, DÖV 1960, S. 683. Noch deutlicher setzte der Thüring. StGH die Streitgegenstände des vorl. u. des endgültigen Verfahrens gleich, wenn er betonte, daß sich die e.V, "wie die Sachentscheidung ... auf denselben Gegenstand" beziehe (vgl. Thüring. StGH L/S 3, 331).

89) An anderer Stelle spricht sich das Gericht wiederum gegen eine Identität der Streitgegenstände aus und betont das "notwendige Auseinanderfallen" der vorl. u. endgült. Entscheidung (vgl. RStGH L/S 2, 72 (78) = RGZ 126, Anh.1(6), (Fortsetzung)

denfalls wurden mit der Übernahme dieser Grundsätze des RStGH in die Diskussion um die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren Mißverständnisse eingeschleppt, die bis heute den Blick für den eigentlichen Gegenstand des vorläufigen Verfahrens getrübt haben.

Die hier vertretene Auffassung von der Unterschiedlichkeit der Streitgegenstände in Vor- und Nachverfahren vermag die widersprüchliche Rechtsprechung des RStGH nicht zu erschüttern.

b) Glaubhaftmachung nach § 123 Abs. III VwGO

Die strenge Trennung der Streitgegenstände des Anordnungsverfahrens und des Hauptsachverfahrens könnte jedoch durch die gesetzliche Vorschrift des § 123 Abs. III VwGO, der unter anderem auch auf § 920 ZPO verweist, in Frage gestellt werden.
Gemäß § 920 Abs. II ZPO ist der Anspruch, der im vorläufigen Verfahren geschützt werden soll, "glaubhaft" zu machen. Redeker/von Oertzen [90] ziehen aus dieser Gesetzesstelle den Schluß, daß "Rechtsfragen hinsichtlich des materiell-rechtlichen Anspruchs in Verfahren der einstweiligen Anordnung in der Regel nicht dahingestellt bleiben (können) ... Denn die Entscheidung nach § 123 setzt die Glaubhaftmachung eines Anspruchs voraus". Das Gericht müßte nach dieser Auffassung also in einer rechtlichen Schnellprüfung die Rechtsfrage der Hauptsache kurz überschlagen und die Erfolgsaussichten des Antragstellers in die Überlegungen bezüglich des Anordnungserlasses miteinbeziehen.

Fortsetzung:
oder es legt Wert auf die Feststellung, daß das vorl. Verfahren "ohne Stellungnahme zur Hauptsache" durchzuführen sei (vgl. Voranm. 87).

90) VwGO, § 123 Anm. 18.

Mit einer derartigen summarischen Prüfung der Hauptsachefrage würde die dogmatische Trennung der Streitgegenstände des vorläufigen und des Hauptsacheverfahrens wieder hinfällig, die Auffassungen der Beteiligten bezüglich der Rechtsfragen der Hauptsache doch relevant, und somit die Bedenken, daß sich das Gericht im Anordnungsverfahren zu einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle vorläufig den Rechtsstandpunkt eines Verfahrensbeteiligten zu eigen machen müsse und so die endgültige Entscheidung präjudiziere, begründet.

Diese befremdliche Wirkung des Verweises auf die ZPO zwingt zu genauer Untersuchung des Begriffs der Glaubhaftmachung im verwaltungsgerichtlichen Anordnungsverfahren.
Dabei zeigt sich, daß eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, wie sie für die Glaubhaftmachung der Tatbestandsseite des Anspruchs genügt, für Rechtsfragen schon begrifflich kaum möglich ist [91]. Überhaupt werden mit § 123 Abs. III VwGO i.V.m. § 920 ZPO zivilprozessuale Fremdkörper in die VwGO eingeschleppt, die schwerlich mit den Besonderheiten der öffentlich-rechtlichen Materie in Einklang gebracht werden können [92]. So ist die Regelung in § 920 Abs. II ZPO ein Ausfluß der dort herrschenden Verhandlungsmaxime, während der Verwaltungsprozeß und damit auch das verwaltungsgerichtliche Anordnungsverfahren vom Untersuchungsgrundsatz beherrscht werden (§ 86 Abs. I VwGO), also ausschließlich das Gericht die Verantwortung für die tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen seiner Entscheidung trägt. Es kann nun - wie Baur [93] zu Recht bemerkt - aus § 123 Abs. III VwGO sicher nicht der Schluß gezogen werden, daß insoweit der Untersuchungsgrundsatz im Verwaltungsprozeß "aus den Angeln gehoben"

---

91) Was auch Redeker/von Oertzen (a.a.O., Voranm.) zugeben müssen.

92) So auch Obermayer, Gedächtnisschr., S. 879 f.

93) Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 39.

sei. Das verbietet sich allein schon aus Gründen des öffentlichen Interesses, das im Gegensatz zum Zivilprozeß in sämtlichen verwaltungsgerichtlichen Verfahren zu berücksichtigen ist. Vielmehr ist die nicht sonderlich überlegt in die VwGO einbezogene zivilprozessuale Regelung nach dem Zweck und den Eigenarten des öffentlich-rechtlichen Anordnungsverfahrens auszulegen und zu korrigieren.

Die "Glaubhaftmachung" bezüglich des gesamten Tatsachenbereiches liegt, dem Untersuchungsgrundsatz entsprechend, allein beim Gericht [94]. Der Antragsteller hat lediglich gemäß § 82 Abs. I S. 1 VwGO den "Streitgegenstand" des Anordnungsverfahrens zu bezeichnen und einen Sachverhalts k e r n vorzutragen [95], aus dem sich das Anordnungsziel, sein Rechtsschutzverlangen und sein Rechtsschutzbedürfnis schlüssig ergeben. Unter der Herrschaft der den Verwaltungsprozeß kennzeichnenden Untersuchungsmaxime kann die Glaubhaftmachung letztlich nur als eine besondere Konkretisierung des Rechtsschutzverlangens und des Rechtsschutzbedürfnisses verstanden werden [96]. Der Begriff der Glaubhaftmachung spielt dabei insofern eine Rolle, als er Grenze und Maßstab für den Nachweis einer möglichen Rechtsgefährdung angibt. Wenn das Gericht die Möglichkeit eines gefährdeten Rechts prüft, interessiert nicht die Frage, ob dieses Recht wirklich besteht; dies ist Gegenstand des Hauptsacheverfahrens. Es geht vielmehr um die, von der eben erwähnten Fragestellung scharf zu scheidende Frage, ob ein Recht m ö g l i c h e r w e i s e bestehen könnte. Die damit aufgeworfene Problematik ist in etwa vergleichbar mit der Frage der Klagebefugnis nach § 42

---

94) Baur, a.a.O. (Voranm.).

95) Vgl. dazu: Baur, Richterliche Hinweispflicht und Untersuchungsgrundsatz, in "Rechtsschutz im Sozialrecht", 1965, S. 35 ff. (44); ders., Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 38; ihm folgend: Bachof, JZ 1966, S.307.

96) Obermayer, a.a.O. (Voranm. 92).

VwGO. Dort gewonnene Erkenntnisse [97] lassen sich auch für die Lösung der hier zur Debatte stehenden Probleme verwerten.

Die in § 42 Abs. II VwGO verlangte "Geltendmachung einer Rechtsverletzung als Zulässigkeitsvoraussetzung in Anfechtungs- und Verpflichtungsverfahren verlangt nicht die richterliche Überzeugung von einer Rechtsverletzung i.S.d. § 113 Abs. I VwGO; das ist vielmehr eine Frage der Begründetheit. Im Zulässigkeitsstadium ist die Frage der Rechtmäßigkeit oder Rechtswidrigkeit des angegriffenen Verwaltungsakts genauso auszuklammern, wie dies auf Grund der verschiedenen Streitgegenstände von Vor- und Nachverfahren im einstweiligen Anordnungsverfahren der Fall ist. Zur Geltendmachung der Rechtsverletzung genügt andererseits aber auch nicht eine reine "Verbalbehauptung" [98]. Eine summarische Rechtsprüfung ist bei § 123 VwGO aus demselben Grund abzulehnen, wie dies im Rahmen des § 42 Abs. II VwGO zu tun ist; damit würden Fragen der Begründetheit, bzw. der Hauptsache unzulässigerweise vorweg behandelt werden. Vielmehr ist es in beiden Fällen erforderlich und ausreichend, daß die objektive Möglichkeit einer Rechtsverletzung substantiiert dargelegt wird [99].

"Glaubhaftmachung" i.S.v. § 123 Abs. III VwGO i.V.m. § 920 ZPO bedeutet somit nichts anderes als Darlegung der Möglichkeit einer Rechtsgefährdung. Speziell auf das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren bezogen: Möglichkeit der behaupteten Ungültigkeit der angegriffenen Norm [100].

---

97) Vgl. dazu die Kommentarlit. zu § 42 VwGO, z.B. Redeker/von Oertzen, § 42 Rdnr. 15; Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 84 ff.

98) Ganz h.M., vgl. statt aller: Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr.85.

99) Die "Möglichkeitstheorie" hat sich durchgesetzt; vgl. z.B. BVerwE 3, 237; DVBl. 1960, S. 601; Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 85; Wolff, VwR III, § 173 I b 4; Böckenförde, JuS 1966, S. 360.

100) Im Ergebnis ebenso (für die verfassungsgerichtl. e.A0): Grundmann, Zur Vorgreiflichkeit, S. 683. Vgl. auch Obermayer, Gedächtnisschr. S. 880.

Eine allgemeine Formel, wann das der Fall ist, läßt sich naturgemäß nicht aufstellen. Auch hier führt eine Anleihe bei dem parallelen Problem der Klagebefugnis des § 42 VwGO weiter. Dort hat man sich mit der negativen Formulierung geholfen, daß die Klagebefugnis dann nicht gegeben ist, wenn eine Rechtsverletzung ausgeschlossen, d.h. nicht möglich ist. [101]

Auf die Rechtsprüfung des Gerichts im verwaltungsgerichtlichen Anordnungsverfahren im Rahmen einer Normenkontrolle nach § 47 VwGO bezogen, bedeutet dies: Nur bei Unmöglichkeit einer Ungültigkeitsfeststellung bezüglich der angegriffenen Norm ist die beantragte e.AO unter Berücksichtigung der Hauptsacheentscheidung zu verweigern. Solche Unmöglichkeit liegt in den Fällen der offensichtlichen Unzulässigkeit des Normenkontrollantrags und bei dessen, ebenfalls offensichtlicher Unbegründetheit vor.

Das sind gerade die Fälle, in denen auch das BVerfG [102] von seinem Grundsatz, Erwägungen über die mögliche Endentscheidung außer Betracht zu lassen, abweicht und die Erfolgsaussichten der Klage berücksichtigt.

Zusammenfassend kann das Erfordernis der Glaubhaftmachung demnach als Verfahrensvoraussetzung qualifiziert werden, von der die Zulässigkeit des Antrags auf Erlaß einer e.AO abhängt. Nach dem Vorbringen des Antragstellers muß es "glaubhaft", d.h. möglich sein, daß die Voraussetzungen für den Erlaß einer e.AO gegeben sind. Ist dies der Fall, so hat das

---

101) "Eine Klage ist nach § 42 Abs. II nicht zulässig, wenn offensichtlich und eindeutig nach keiner Betrachtungsweise die vom Kläger behaupteten Rechte bestehen oder ihm zustehen können" (Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 85); vgl. auch BVerwG v. 30.10.1963, DVBl. 1964, S.191, BVerwG 18, 157; OVG Münster, DÖV 1965, S. 714.

102) Vgl. BVerfGE 3, 34 (36); 267 (281 ff.); 7, 175 (179); 367 (371); 11, 179 f.; 339 (342); 12, 36 (39 f.); 16, 236 (238).

Gericht der Untersuchungsmaxime folgend durch eigene Sach- und Rechtsaufklärung festzustellen, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen für den Erlaß einer e.AO wirklich vorliegen. Eine Glaubhaftmachung im zivilprozessualen Sinn gibt es im verwaltungsgerichtlichen Anordnungsverfahren nicht. Insbesondere findet keine summarische Prüfung der Rechtsfragen des Hauptsacheverfahrens statt. [103)]

Über die §§ 123 Abs. III VwGO, 920 Abs. II ZPO wird mithin die Trennung der Streitgegenstände des vorläufigen und des endgültigen Verfahrens nicht aufgehoben. Die Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit der im Normenkontrollverfahren angegriffenen Norm, spielt außer in den Fällen offensichtlicher Rechtslage keine Rolle. Aus diesem Grund kann auch der Rechtsstandpunkt der Verfahrensbeteiligten zu den Fragen der Hauptsache, im Anordnungsverfahren keine Berücksichtigung finden. Es bleibt demnach dabei: Das Gericht muß sich im Anordnungsverfahren bei der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nicht stets notwendig den Rechtsstandpunkt eines Verfahrensbeteiligten zu eigen machen.

c) Vorläufige Verwirklichung der Rechtsauffassung des Antragstellers

Ein weiterer Einwand könnte darin liegen, daß mit einer einstweilig angeordneten Nichtanwendung der angegriffenen Norm, der vom Antragsteller mit dem Normenkontrollantrag erstrebte Zustand vorläufig tatsächlich hergestellt wird, und darin mittelbar doch eine gerichtliche Bestätigung des Rechtsstand-

---

103) Ebenso: Obermayer, Gedächtnisschr., S. 880; a.A. die überwiegende Meinung, z.B.: Quaritsch, S. 368; Redeker/von Oertzen § 123 Rdnr. 18; Eyermann/Fröhler § 123 Rdnr. 17; diese Meinung fordert eine Glaubhaftmachung im zivilprozessualen Sinn der Darlegung einer überwiegenden Wahrscheinlichkeit des Hauptsacheanspruchs.

punktes des Antragstellers gesehen werden könnte. Dadurch, daß das Gericht einen tatsächlichen Zustand verwirklicht, der nur unter Zugrundelegung des Rechtsstandpunkts des Antragstellers berechtigt sein kann, übernähme es zwar nicht ausdrücklich, aber doch stillschweigend unzulässigerweise die Rechtsauffassung eines Verfahrensbeteiligten.

Wer so argumentiert, postuliert die grundsätzliche Unzulässigkeit der vorläufigen Vorwegnahme des mit dem Hauptsacheverfahren begehrten Zustandes.

Eine Auffassung, deren nähere Untersuchung aus dem Bereich des hier behandelten Fragenkreises hinausführt und in den Problemkreis überleitet, den man üblicherweise mit dem Begriff der "Vorgreiflichkeit" der Anordnungsentscheidung bezeichnet.

3. Ergebnis

Die These, das Gericht müsse sich bei Erlaß e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren stets unzulässigerweise vorläufig die Rechtsauffassung des Antragstellers zu eigen machen, hat sich als unzutreffend herausgestellt.

Da der Streitgegenstand des Normenkontrollverfahrens - die Frage der Normgeltung - im Anordnungsverfahren grundsätzlich keine Rolle spielt, das vorläufige Verfahren vielmehr einen eigenen Streitgegenstand besitzt, kann die Auffassung des Antragstellers zu den Rechtsfragen der Hauptsache im Vorverfahren überhaupt nicht berücksichtigt werden.

Die entgegenstehende Rechtsprechung des Staatsgerichtshofes für das Deutsche Reich kann dieses Ergebnis nicht erschüttern. Sie ist vielmehr uneinheitlich und kann kaum als bewußte Stellungnahme zu der Frage des Streitgegenstandes von

Hauptsache- und Anordnungsverfahren eingeschätzt werden.

Auch über § 123 Abs. III VwGO i.V.m. § 920 Abs. II ZPO muß die Trennung der Streitgegenstände von vorläufigem und endgültigem Verfahren nicht wieder aufgehoben werden. Unter der Herrschaft der den Verwaltungsprozeß kennzeichnenden Untersuchungsmaxime kann unter "Glaubhaftmachung" nur das Erfordernis einer besonderen Konkretisierung des Rechtsschutzverlangens und des Rechtsschutzbedürfnisses verstanden werden. Eine summarische Prüfung der Hauptsachefragen über diese Verfahrensvoraussetzung hinaus, ist nicht geboten. Zu prüfen ist nur die Möglichkeit der behaupteten Ungültigkeit der angegriffenen Norm. Eine "Glaubhaftmachung" im zivilprozessualen Sinn gibt es im verwaltungsgerichtlichen Anordnungsverfahren nicht.

Die Normenkontrollentscheidung spielt im Anordnungsverfahren nur bei offensichtlicher Rechtslage eine Rolle.

B) Vorwegnahme der endgültigen Entscheidung.

1. Berechtigung des Prinzips

Zum besseren Verständnis des sogenannten "Vorgreiflichkeitsverbotes" bedarf es einer kurzen Besinnung auf den eigentlichen Sinn und Zweck richterlicher vorläufiger Interimsbefugnis und auf die Rechtsnatur der einstweiligen Maßnahmen. Denn, wie jedes Rechtsinstitut, kann und darf auch die e.AO nicht die ihr wesensmäßig gezogenen Grenzen überschreiten.

a) Rechtsnatur und Zweck richterlicher Interimsmacht

Schon der Begriff der e.AO drückt durch seinen Wortsinn Wesentliches aus, indem er die lediglich "vorläufige", einem weiteren, endgültigen Ziel zugeordnete Funktion des Instituts beschreibt.

Dieses angestrebte Ziel ist die Effektivität der nachfolgenden Hauptsacheentscheidung [104]. Nicht außerprozessuale Ereignisse, sondern der Richterspruch, sollen einen "Rechts"-Streit entscheiden. Mit dem Verfahrensinstrument der e.AO soll der dem Gericht unterbreitete Rechtsfall - wenn notwendig - durch richterliche Sachentscheidung [105] offen gehalten werden.

Aufgabe e.AOen ist es somit den Rechtsstreit davor zu bewahren, daß er durch die tatsächliche Entwicklung de facto überholt wird, und die richterliche Endentscheidung davor zu schützen, daß sie zu spät kommt, deshalb "ins Leere geht" und damit insgesamt ihres Sinnes beraubt wird.

Dies geschieht nicht nur zur Wahrung der Rechtsschutzinteressen der am Prozeß beteiligten Parteien, sondern darüber hinaus auch im Interesse der staatlichen Institution der Gerichtsbarkeit selbst. Indem das Gericht den ihm vorgelegten Rechtsstreit unter Kontrolle zu halten sucht, um seine Entscheidung nicht durch außerprozessuale Ereignisse vorwegnehmen oder vereiteln zu lassen, indem das Gericht also die Wirksamkeit seines eigenen Erkenntnisses vor einem "Zu-spät!" bewahrt, sorgt es sich nicht nur um sein Ansehen [106], sondern um die Sinnhaftigkeit seines Tuns überhaupt: [107] Der

---

104) Vgl. Arndt, Urteilsanm. zu BVerfG U v. 13.11.1957, NJW 1958, S. 337: "Das e.AO-Verfahren dient Sicherungsmaßnahmen für das Hauptverfahren".

105) Allgm.zum Begriff: Stein/Jonas, ZPO, Vorbem. vor § 300 ZPO, Anm. I; Baumbach/Lauterbach, ZPO, Übersicht vor § 300, Anm. I; bei § 123 VwGO grundsätzlich Beschlußform, aber auch Urteil möglich (vgl. §§ 123 Abs. III, IV, 136 VwGO, 924, 925 ZPO). Vgl. auch hinten: 4. Abschn. § 15, III., 2. d).

106) So aber Siegmund-Schultze, S. 120.

107) So auch Pütz, S. 10: ohne e.AO-Befugnis "ist der Sinn der Institution eines Gerichts als solches in Frage gestellt". Ebenso: Niemeyer, S. 18; Rohmeyer, S. 79, der von einem Erfordernis der "Staatsökonomie" spricht, das (Fortsetzung)

zu entscheidende Rechtsstreit wird überhaupt entscheidungsfähig erhalten [108].

Wesen und Zweck prozessualer Provisorien besteht demnach in der - sowohl im Parteieninteresse als auch im öffentlichen Interesse gelegenen - Sicherstellung einer effektiven Hauptsacheentscheidung.

b) Konsequenzen für Inhalt und Wirkung vorläufiger Maßnahmen

Aus diesem Wesen der e.AO-Befugnis folgt denkgesetzlich notwendig das Gebot, daß die e.AO die Entscheidung in der Hauptsache nicht vorwegnehmen darf. Eine Erkenntnis, die im zivilprozessualen [109], im verfassungsgerichtlichen [110] und

---

Fortsetzung:
verlangt, daß staatliche Institutionen wie die Gerichte sich nicht selbst von vornherein dadurch ad absurdum führen, daß sie die Erreichung der Ziele ihrer Tätigkeit selbst vereiteln."

108) Rohmeyer, a.a.O. (Voranm.).

109) Z.B.: Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 938 Anm. 1 A; Rosenberg, Lehrbuch, 9. Aufl., 1961, § 214 I, 1 b und 2; Stein/Jonas, ZPO, § 938, Anm. I, 2; vgl. auch OLG München, NJW 1965, S. 2161 m.w.N.

110) Friesenhahn, Staatsgerichtshof und einstweilige Verfügung, S. 766; RuPrVBl. 1932, S. 761 ff.; Fuß, S. 207; Geiger, § 32 Anm. 2; Grundmann, E.AO, DVBl. 1959, S.876; ders., Zur Vorgreiflichkeit, DÖV 1960, S. 682; Lechner, BVerfGG, § 32 Anm. 4; Maunz/Sigloch, BVerfGG, § 32 Rdnr. 8 ff.
Schon der RStGH vertrat in st. Rspr. den Grundsatz, daß die e.V nicht der endgültigen Entscheidung vorgreifen dürfe: L/S 2, 72 (Leitsatz u. S. 75, 78 ff.) = RGZ 126, Anh. S. 1 (5); L/S 4, 95 (Leitsatz 3 und S. 99) = RGZ 129, Anh. S. 28 (30); L/S 5, 24 (Leitsatz 3 und S. 28); L/S 5, 180 (Leitsatz 3 und S. 183 ff.); vgl. auch: Thüring.StGH, L/S 3, 331 (333 ff.); BayStGH, L/S 5, 227 (Leitsatz u. S. 228); L/S 5, 245 (Leitsatz u. S. 246). Diese Rspr. hat das BVerfG kontinuierlich fortgeführt: BVerfGE 1, 349 (351); 3, 34 (37); 3, 41 (43); 3, 52 (55); 6, 1 (4); 7, 99 (105); 7, 175 (179); 7, 367 (374); 8, 42 (46); 11, 102 (104); 11, 306 (308); 12, 36 (42); 12, 276 (279); 14, 190, 14, 192 (193); 15, 77 (78 ff.); 16, 220 (226); 18, 151 (153); 24, 68 (74); 25, 367 (369); (Fortsetzung)

auch verwaltungsgerichtlichen [111] Bereich von jeher allgemein und mit besonderem Nachdruck betont worden ist.

Übereinstimmend wurde festgestellt, daß durch eine nur vorläufige Regelung keine endgültige Rechtsposition erteilt werden kann , sondern nur betagte oder durch ein nachfolgendes Urteil im ordentlichen Verfahren auflösend bedingte Positionen erreichbar sind.

Treffend und eventuellen Mißverständnissen vorbeugend stellt Grundmann [112] der prozessualen Bedeutung der Vorläufigkeit die materiell-rechtliche Bedeutung gegenüber und stellt richtig fest, daß "die Entscheidung im Anordnungs-Verfahren ... keine derartige (Rechts-)Tatsachenlage schaffen dürfe, daß sie nicht von Rechts wegen, nämlich durch die Entscheidung in der Hauptsache, noch geändert werden könne".

Obwohl das Prinzip der Nichtvorgreiflichkeit ganz allgemein erkannt und anerkannt worden ist, ist es vielfach mißverstanden und zum Ausgangspunkt unzutreffender Folgerungen gemacht worden [113].

Fortsetzung:
BayVBl. 1970, S. 400; NJW 1970, S. 2207 f.; NJW 1971, S. 91 f. = DVBl. 1971, S. 64 f. Vgl. auch BayVerfGH BayVGHE n.F Bd. 1/II, S. 1 ff.

111) Buri, DÖV 1957, S. 100 ff. (102); de Clerck, NJW 1956, S. 1337 ff. (1339); Eyermann/Fröhler § 123 Rdnr. 8 ff.; Eiselt, RWS 1960/61, S. 15 ff. (17); Klotz, DÖV 1966, S. 189; Knoll, S. 102; Koehler, § 123 Anm. III 6; Obermayer, Gedächtnisschr., S. 882; Quaritsch, S. 349; Rambeck, NJW 1961, S. 1333 ff. (1333); Redeker/von Oertzen § 123 Rdnr. 11; Ringe, DVBl. 1958, S. 378 ff. (381); Rohmeyer, S. 181; Ruckdäschel, DÖV 1961, S. 675 ff. (685); Ule, VwGO, § 123 Anm. I; Wieseler, S. 190. VGH Mannheim, DÖV 1949, S. 160; OVG Koblenz, AS Rh.-Pf. 5, 189 (190); VGH Kassel, DVBl. 1959, S. 144 (145); ESVGH 10, 154 (155); ESVGH 11, 10 (11); DÖV 1967, S.101; OVG Münster AS 10, 305 (307); NJW 1958, S. 1555 (1556); VerwRspr. 9, 562 (568); DVBl. 1958, S. 107; BVerwG, DÖV 1956, S. 440 (441); OVG Saarlouis, DÖV 1958, S. 423; VGH München, VerwRspr. 16, 378; OVG Lüneburg, DÖV 1962, S. 910 m.w.N.

112) E.AO, DVBl. 1959, S. 876 u. Zur Vorgreiflichkeit, DÖV 1960, S. 680 ff. (682).

113) So auch: Quaritsch, S. 347; Klotz, S. 189; Knoll, S.102.

2. Vorläufige Verwirklichung des Klageziels

Rechtswissenschaft und Praxis [114] haben aus diesem Prinzip der Nichtvorgreiflichkeit unter anderem die These abgeleitet, die e.AO dürfe nicht den mit der Klage erstrebten Zustand herstellen und damit eine vorläufige Verurteilung in der Hauptsache herbeiführen.

Als besondere Ausprägung des Vorgreiflichkeitsgebotes ist diese Behauptung insbesondere auch gegen die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gerichtet. Der e.AO wird vor allem deshalb stetige Vorwegnahme der Normenkontrollentscheidung zugeschrieben, weil mit einer einstweilig angeordneten Nichtanwendung der angegriffenen Norm der Antragsteller schon im vorläufigen Verfahren den mit dem Normenkontrollantrag erstrebten Zustand erreiche.

In der Tat kommt der Antragsteller bei Erlaß einer e.AO im Normenkontrollverfahren bereits vor der endgültigen Endentscheidung in den Genuß von Vorteilen, die ihm ansonsten nur aus einer Ungültigkeitsfeststellung gem. § 47 S. 4 VwGO erwachsen könnten. Dies zeigt insbesondere die vorläufige Außervollzugsetzung einer Norm im Wege der e.AO.

Diese Situation ist aber auf dem Gebiet des vorläufigen Rechts-

---

114) Buri, NJW 1957, S. 102; Rupp, DVBl. 1958, S. 119; Ringe, DVBl. 381; Eiselt, RWS 1960/61, S. 17; Eyermann/Fröhler § 123 Rdnr. 8; Koehler § 123 Anm. III 6; grundsätzlich auch Rambeck, NJW 1961, S. 1333, der jedoch im Rahmen der Verpflichtungsklage den vorläufigen Erlaß von VA ausnahmsweise zulassen will.
VGH Kassel, DVBl. 1959, S. 144 (145); ESVGH 10, 154 (155); 11, 10 (11); DÖV 1967, S. 101; OVG Münster, NJW 1958, S. 1555 (1556); DVBl. 1958, S. 107; VGH München, VerwRspr. 16, 378; OVG Lüneburg, DÖV 1962, S. 910 m.w.N. Zweifelnd BW VGH ESVGH 8, 17 (20); VerwRspr. 12, 1010 (1011). Das Gericht hält den Vorgreiflichkeitsgrundsatz in dieser Form für "nicht unbedenklich", weil er zu einer Rechtsschutzverkürzung führen könne. W.N. bei Quaritsch, S. 347 FN 183.

schutzes durchaus nicht außergewöhnlich. Zu Recht verweist Quaritsch [115] den Satz, die e.AO dürfe das Klageziel nicht vorwegnehmen, in den Bereich der "prozessualen Legende", und betont das Bundesverfassungsgericht [116], daß mit e.AOen der begehrte Zustand für die Dauer des Verfahrens stets hergestellt werden kann. Die vorläufig angeordnete Maßnahme kann für die Dauer ihres Bestandes Wirkungen äußern, die einer Verwirklichung der vom Antragsteller angestrebten Endregelung praktisch gleichkommen, und dieser insoweit sein Ziel bereits jetzt erreicht. Das Vorgreiflichkeitsverbot wird dadurch nicht tangiert.

Das ergibt sich schon aus der Funktion des Instituts der e.AOen. So ist zum Beispiel im Zivilprozeß nur die u n a b ä n d e r l i c h e , endgültige Verwirklichung des Klageziels durch das Prinzip der Nichtvorgreiflichkeit ausgeschlossen. Verfügungen, die dem Antragsteller v o r l ä u f i g schon das gewähren, was er mit der Klage erstrebt, gehören "zum täglichen Brot der Zivilgerichte" [117].

Auch im verfassungsgerichtlichen Bereich ist anerkannt, daß die e.AO nach § 32 BVerfGG "in ihrer Vorläufigkeit die gleiche Wirkung haben kann wie die Endentscheidung endgültig" [118].

Gleiches gilt für den verwaltungsgerichtlichen vorläufigen Rechtsschutz. Im Bereich der Eingriffsverwaltung stellt der Suspensiveffekt nach § 80 VwGO den Betroffenen in tatsächlicher Hinsicht so, als ob er bereits im Anfechtungsprozeß

---

115) S. 349; vgl. auch Rohmeyer, S. 180.

116) BVerfGE 12, 36 (42).

117) Quaritsch, S. 349 m.w.N. in den FN 190-193.

118) Maunz/Sigloch § 32 Rdnr. 9 f.; BVerfGE 12, 36 (42); Grundmann, Zur Vorgreiflichkeit, DÖV 1960, S. 685; vgl. auch Friesenhahn, StGH und e.V, S. 766.

obsiegt hätte, ohne daß diese eindeutige Vorwegnahme des Klageziels jemals Anlaß zu Bedenken gegeben hätte.

Nicht anders ist es bei der verwaltungsgerichtlichen e.AO. Auch hier fällt die einstweilige Gewährung der begehrten Rechtsposition nicht unter das Vorgreiflichkeitsverbot. Im Gegenteil, die vorläufige Verwirklichung des Klageziels ist geradezu ein Wesensmerkmal des Instituts der e.AO, doch muß die Gewährung der Rechtsposition als solche eine nur v o r l ä u f i g e Regelung bleiben. Die angeordneten Maßnahmen müssen ihrem Inhalt nach "die Wiederherstellung des status quo ante" ermöglichen [119]. Das Vorgreiflichkeitsverbot muß demnach alle jene einstweiligen Regelungen ausschließen, welche die endgültige Entscheidung i r r e p a r a b e l vorwegnehmen [120]. Mit anderen Worten: Die e.AO muß im Ergebnis r e p a r a b e l sein.

Vorläufige, reparable Vorwegnahme der Hauptentscheidung durch Verwirklichung des Klageziels auf Verfahrensdauer kann somit keine grundsätzliche Unzulässigkeit e.AOen bewirken. Diese Art der "Vorgreiflichkeit" könnte bestenfalls gegen die rechtspolitische Zweckmäßigkeit der e.AOen ganz allgemein ins Treffen geführt werden [121]. Nachdem aber nun einmal das Institut der e.AO auch im Verwaltungsprozeß gesetzlich anerkannt worden ist, stellt sie jedenfalls keine Zulässigkeitsgrenze dieser Regelungsbefugnis dar. Nur die irreparable Vorwegnahme der Hauptentscheidung fällt unter das Vorgreiflichkeitsverbot.

---

119) Quaritsch, S. 348.

120) Im Ergebnis ebenso: de Clerck, NJW 1956, S. 1339; Obermayer, Gedächtnisschr., S. 882; Quaritsch, S. 348; Rohmeyer, S. 180; Ruckdäschel, DÖV 1961, S. 685; Ule, VwGO § 123 Anm. I; Wieseler, S. 190; vgl. auch die unten in Anm. 123 aufgeführten Autoren.

121) Spanner, BVerfG u. freies Ermessen, BayVBl. 1958, S. 1 ff. (3).

Dieses Ergebnis bedarf einer weiteren Einschränkung. Es liegt in der Natur der Sache, daß vorläufige Zustandsregelungen für die Dauer ihres Bestandes Wirkungen äußern, die sich nachträglich nicht ungeschehen machen lassen. Diese Folge kann kein Grund sein, von einer e.AO abzusehen [122]. Es kommt vielmehr nur darauf an, daß das Urteil nicht i n d e r H a u p t s a c h e irreparabel vorweggenommen wird, daß die Entscheidungsfähigkeit des Rechtsstreits nicht endgültig vereitelt wird und der status quo ante wieder herstellbar bleibt.

Das Vorgreiflichkeitsverbot greift somit dann ein, wenn die für die Entscheidung der Hauptsache maßgeblichen Rechtsfragen schon im Anordnungsverfahren entschieden werden und die tatsächlichen Auswirkungen der e.AO der Hauptsache in ihrer Gesamtheit vorgreifen.

Diese Erfordernisse treffen auf die e.AO im Normenkontrollverfahren nicht grundsätzlich und ausnahmslos zu. Sicher wird hie und da im Einzelfall eine vorläufige Regelung auch in diesem Verfahren wegen Vorwegnahme der endgültigen Normenkontrollentscheidung nicht erlassen werden können. Doch wird dies im Einzelfall zu entscheiden sein. An sich wird mit der Anordnung einer vorläufigen Aussetzung des Normvollzugs weder über die Gültigkeit der Norm vorweg entschieden, noch mit der Vollzugsaussetzung eine rechtlich oder tatsächlich irreparable Maßnahme angeordnet. Die Normenkontrollentscheidung selbst bleibt in der Regel, ob sie nun positiv oder negativ ausfällt, rechtlich bedeutsam und von faktischer Gestaltungskraft.

---

122) Ebenso Quaritsch, S. 348 u. Knoll S. 102, die beide betonen, daß die e.AO diese Wirkung mit jeder vorläufigen Regelung teilt, "also auch z.B. mit dem Verwaltungsakt, der ex tunc aufgehoben wird, dem vollstreckbaren Urteil usw., vgl. Kammer, DVBl. 1952, S. 689". (Knoll a.a.O.).

Mit dem Argument, die e.AO würde im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren stets unzulässigerweise die endgültige Normenkontrollentscheidung vorwegnehmen, kann demnach die Statthaftigkeit vorläufiger Maßnahmen in diesem Verfahren nicht von vornherein abgelehnt werden [123].

3. Kein rechtlicher Maßstab für den Erlaß einstweiliger Anordnungen im Normenkontrollverfahren (§ 47 VwGO)

Wegen angeblicher notwendiger Vorwegnahme der Endentscheidung will auch Bergmann [124] die e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nicht zulassen. Im Unterschied zu den übrigen Vertretern dieser Auffassung gibt Bergmann eine Begründung für seinen Standpunkt.
Ausgehend von der zutreffenden Feststellung [125], daß die Frage der Gültigkeit oder Ungültigkeit der angegriffenen Norm im Anordnungsverfahren grundsätzlich keine Rolle spielen darf, kommt er zu dem Schluß, daß deshalb (!) "keinerlei Möglichkeit (bestehe), einen Maßstab zu finden, der für den Ausspruch einer e.AO irgendwie richtungweisend werden könnte". Da das Gesetz insoweit keine anderweitigen Maßstäbe aufzeige, wie dies zum Beispiel in § 32 BVerfGG für das verfassungsgerichtliche Anordnungsverfahren der Fall ist, müsse die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren verneint werden [126].

---

123) Ebenso: Klein/Kupfer, DÖV 1970, S. 75; Klotz, DÖV 1966, S. 102; Knoll, Die Arbeiterversorgung 1961, S. 102; Obermayer, Gedächtnisschr., S. 882; Quaritsch, S. 365; Spanner, BayVBl. 1958, S. 3; Weckerle, Diss., S. 110; BW VGH ESVGH 16, 102; BWVBl. 1967, S. 74 ff. = DVBl. 1967, S. 462.

124) Zwischenbilanz zur verwaltungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle, VerwArch. 51 (1960), S. 36 ff. (59).

125) Vgl. oben: 2. Abschn., § 8, IV., A) 1.) c) und 2.) b); und unten: 4. Abschn., § 16, III., 1.).

126) Obwohl der Entw. zur VwGO schon vorlag, wird von Bergmann die Anwendbarkeit von § 123 VwGO nicht erwogen.

Indem Bergmann somit einen dem vorläufigen Verfahren eigenen, vom Hauptsacheverfahren verschiedenen Entscheidungsmaßstab leugnet, verfällt auch er dem Irrtum, daß es Aufgabe des Anordnungsverfahrens sei, vorläufig über den Gegenstand des Hauptsacheverfahrens zu entscheiden. Wäre dies richtig, so könnte in der Tat, ohne Berücksichtigung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache, kein rechtlicher Maßstab für den Erlaß e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gefunden werden.

Bergmanns Ausgangsthese ist jedoch, wie bereits festgestellt wurde, unrichtig. Die Parallele zu der Auffassung des RStGH [127] ist unschwer zu ziehen.

Der Autor eliminiert die Frage nach der Gültigkeit oder Ungültigkeit der angegriffenen Norm, weil ansonsten die Normenkontrollentscheidung im Anordnungsverfahren präjudiziert werden würde, bleibt aber trotzdem auf dem Standpunkt stehen, daß der Erlaß einer e.AO von dieser Frage abhängen müsse. Im Grunde postuliert also auch Bergmann die Identität der Streitgegenstände von Anordnungsverfahren und Hauptsachverfahren und verbaut sich damit den Blick auf den gegenüber der Hauptsache eigenen Entscheidungsbereich des Anordnungsverfahrens. Gleichzeitig übersieht er auch den diesem Bereich zugeordneten spezifischen Entscheidungsmaßstab, der in den gesetzlich fixierten Voraussetzungen der Anordnungsbefugnis zu finden ist [128]. Auf diese Voraussetzungen wird

---

127) V. 18.7.1930 StGH RGZ 129, Anh. S. 28 ff. (31) = L/S 4, 95 (99); vgl. oben: 2. Abschn. § 8, IV., A) 2.) a).

128) Nach § 123 Abs. I VwGO ist eine e.AO dann zu erlassen, "wenn die Gefahr besteht, daß durch eine Veränderung des bestehenden Zustandes die Verwirklichung eines Rechts des Antragstellers vereitelt oder wesentlich erschwert werden könnte", und auch wenn die Regelung eines Rechtsverhältnisses "um wesentliche Nachteile abzuwenden oder drohende Gewalt zu verhindern oder aus anderen Gründen nötig erscheint".

im Verlaufe der Untersuchung noch ausführlich einzugehen sein [129]. An dieser Stelle soll die Feststellung genügen, daß auch im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens ein vom Hauptsachverfahren unterschiedliches Maßstabsrecht für den Erlaß e.AOen existiert. Die Meinung Bergmanns, daß mangels eines eigenen Maßstabes für den Erlaß e.AOen, die für die Hauptsachentscheidung maßgeblichen Gründe herangezogen werden müßten, was zu einer unzulässigen Präjudizierung der Endentscheidung führen müsse, ist mithin unzutreffend.

V. Die Allgemeinverbindlichkeit der Ungültigkeitsfeststellung im Verfahren nach § 47 VwGO

Die allgemeinverbindliche Wirkung der Ungültigkeitsfeststellung gemäß § 47 S. 4 VwGO wird ebenfalls als der Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren hinderlich angesehen [130]. Insbesondere werden zwei Gesichtspunkte herausgestellt: Einmal die These, daß wegen der Allgemeinverbindlichkeit der Ungültigkeitsfeststellung in der Hauptsache auch die entsprechende vorläufige Regelung generell wirken müsse, zum anderen, daß vorläufige Maßnahmen nur in Parteistreitigkeiten, nicht aber in einem abstrakten Normenkontrollverfahren, das die allgemeinverbindliche Nichtigerklärung einer Norm bezwecke, erlassen werden könnten.

---

129) Unten: 4. Abschn., § 15, S. 207 und 214.

130) So schon der VGH Bremen am 19.10.1953, DÖV 1954, S.60 (noch zu § 25 VGG); neuerdings wieder der VGH Kassel, Beschl.v. 25.11.1969, NJW 1970, S. 1619, in Anschluß an die Diss. v. Wolfram, S. 159 ff. (160); Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 15.
In der von Klein/Kupfer, S. 75 FN 26 angeführten Lit., spielt dieses Argument - entgegen der Auffassung der zitierenden Autoren - keine Rolle. Die These, daß wegen der Allgemeinverbindlichkeit der NKE e.AOen notwendig die Endentscheidung vorwegnehmen müßten, wird den dort angeführten Autoren zu Unrecht unterstellt.

1.) Notwendigkeit allgemeinverbindlicher vorläufiger Regelungen

Die der Behauptung, eine vorläufige Regelung müsse notgedrungen wie die endgültige Entscheidung allgemeinverbindlich wirken, zugrunde gelegte Fehleinschätzung, wird in der Argumentation von selbst offenbar. So begründet Wolfram [131] die notwendige Allgemeinverbindlichkeit der e.AO mit dem Hinweis, daß - wenn auch nur vorläufig - "über die Frage der Gültigkeit der angegriffenen Rechtsvorschrift zu entscheiden" sei.

Die Unrichtigkeit dieser Behauptung liegt auf der Hand: Eine vorläufige Entscheidung über die Gültigkeit einer Norm kann es nicht geben. Es bedarf hier keiner Wiederholung des Nachweises, daß es schon denkgesetzlich keine zeitlich begrenzte Gültigkeit oder Nichtigkeit von Rechtsnormen geben kann [132], und daß der e.AO eine derartige Zielsetzung im Normenkontrollverfahren zu Unrecht unterstellt wird, diese Argumentationsweise also schon im Ansatz falsch ist. Die in Wirklichkeit mit der e.AO im Normenkontrollverfahren anzustrebende einstweilige Aussetzung der Vollziehung der angegriffenen Norm, muß nicht notwendig allgemeinverbindlich sein.
Diese Problematik berührt jedoch den Inhalt möglicherweise zulässiger e.AOen im Normenkontrollverfahren und wird deshalb - um dem Gang der Untersuchung nicht vorzugreifen - später [133] ausführlich abzuhandeln sein.

In diesem Zusammenhang genügt die Feststellung, daß kein Grund ersichtlich ist, weshalb e.AOen im Normenkontrollverfahren nur mit allgemeinverbindlicher Wirkung erlassen werden könnten. Die in dieser Richtung gegen die Zulässig-

---

131) A.a.O. (Voranm.).
132) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, III.
133) Vgl. hinten: 4. Abschn., § 16, IV. 2.).

keit e.AOen im Normenkontrollverfahren argumentierende Meinung ist unrichtig.

2.) Einstweilige Anordnungen nur in "Parteistreitigkeiten"?

Auch die These, e.AOen kämen ihrem Wesen nach nur in Parteistreitigkeiten zwischen bestimmten Beteiligten und nicht in einem abstrakten Normenkontrollverfahren mit stattgebender allgemeinverbindlicher Endentscheidung in Betracht [134], erweist sich bei Licht besehen als nicht haltbar.

Zwar scheint auf den ersten Blick eine gewisse Spannung zwischen der "Singularität der e.AO und der Generalität der Rechtsnorm" [135] zu herrschen, doch bald wird offenbar, daß diese nur auf Grund einer der öffentlich-rechtlichen Materie nicht angemessenen zivilprozessualen Betrachtungsweise empfunden wird.

Im Zivilprozeß, in dessen Rahmen die vorläufigen Regelungen ausgebildet und zuerst anerkannt worden sind [136], sind e.Ven in der Tat nur in Rechtsstreitigkeiten mit beschränkter Wirksamkeit gegenüber bestimmten Beteiligten denkbar. Doch muß dies nicht auch im Rahmen anderer Verfahrensarten gelten. Alles andere müßte als Überbewertung des nur historisch bedingten Entwicklungsortes der e.AO und Verkennung des Wesens dieses Instituts in den außerzivilprozessualen Verfahrensordnungen gewertet werden.

Unter diese Qualifikation fällt auch der Versuch, die vorläufige Regelungsbefugnis als wesensmäßig nur bürgerlich-rechtlichen Streitigkeiten zugehörend einschränkend zu definieren, um sie in der Folge außerhalb der Zivilgerichts-

---

134) So der VGH Bremen, a.a.O. (Voranm. 130).

135) Gebhardt, Die e.AO des BVerfG, S. 111.

136) Vgl. vorne: 1. Abschn., § 3, I., S. 9 ff. (14).

barkeit für illegitim zu erklären [137], oder doch zumindest auf die den zivilen Streitigkeiten analogen Verfahren zu beschränken.

Solch ausschließlich zivilprozessuale Betrachtungsweise ist zumindest seit der Zeit nicht mehr am Platze, seit der eigene gesetzliche Grundlagen für die richterliche Interimsmacht in den außerzivilprozessualen Verfahren geschaffen worden sind. Die damit deutlich gewordene unterschiedliche Ausgestaltung vorläufiger Regelungsbefugnis in den verschiedenen Verfahrensarten zeigt, daß die Eigenart des jeweiligen Verfahrens die Erscheinungsform der Interimsbefugnis entscheidend mitbestimmt. Unveränderlich bleiben nur die verschiedenen Funktionen der e.AO mit dem obersten Ziel der Offenhaltung der Endentscheidung. Aber selbst diese gleichbleibenden Funktionen können in den verschiedenen Verfahren unterschiedlich stark betont sein.
Dies alles läßt den Schluß zu, daß Besonderheiten der Erscheinungsform vorläufiger Regelungsbefugnis in einem Verfahren nicht Ausschlußgrund für die Anwendbarkeit in einem anderen Verfahren sein können.

Auch das Bundesverfassungsgericht [138] läßt e.AOen in ständiger Rechtsprechung in allen Verfahren des BVerfGG, also auch für abstrakte Normenkontrollverfahren, zu, ohne sich durch den Begriff der Parteistreitigkeit einschränken zu lassen. Der Bayerische Verfassungsgerichtshof [139] schließt sogar jede zivilprozessuale Schranke ausdrücklich aus, wenn er im Popularklageverfahren nach Art. 98 S. 4 der Bayerischen Verfassung nur generell wirkende e.AOen erläßt.

---

137) So z.B.: VerfGH Rh.-Pf., E v. 10.4.1953, ASOVG Rh.-Pf. 2, 271 (282).

138) St. Rspr. seit BVerfGE 1, 85; vgl. Lechner, BVerfGG, § 32 Anm. 3 a m.N.

139) VGHE n.F 18, II, S. 50.

Das Wesen der abstrakten Normenkontrolle mit der Besonderheit möglicher allgemeinverbindlicher Endentscheidung widerspricht somit nicht der Zulässigkeit e.AOen in diesem Verfahren [140].

VI. Rechtsnatur des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens

1.) Das Problem

Zum Abschluß der Auseinandersetzung mit den gegen die Zulässigkeit e.AOen im Normenkontrollverfahren geäußerten Bedenken, gilt es noch auf einen Kernpunkt dieser Argumentationsrichtung einzugehen und zu untersuchen, ob - wie immer wieder vorgebracht wird - [141] die Rechtsnatur der Normenkontrolle nach § 47 VwGO vorläufige Regelungen verbietet.

Es kommt in der Tat entscheidend darauf an, ob das Normenkontrollverfahren dazu bestimmt ist dem Rechtsschutz des einzelnen zu dienen oder, ob es nur die Wahrung der Einheit und Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung bezweckt. Letzteres spräche gegen die Zulässigkeit e.AOen, da die Instrumente des vorläufigen subjektiven Rechtsschutzes, wie sie e.AOen i.S.v. § 123 VwGO darstellen, in einem rein objektiven Verfahren (Beanstandungsverfahren) schon der dogmatischen Grundvoraussetzung entbehren würden. Die vorläufige

---

140) Im Ergebnis ebenso: Klein/Kupfer, DÖV 1970, S. 75 f.; Klotz, DÖV 1966, S. 189; Knoll, Die Arbeiterversorgung 1961, S. 97 ff.; Obermayer, Gedächtnisschr., S. 887; Quaritsch, S. 367.

141) Zuletzt wieder Engelken, DÖV 1971, S. 331 ff. (332 ff.); vorher schon: Eichhorn, S. 122 oben; Rambeck, NJW 1961, S. 1333 ff. (1334); Schunck/de Clerck, § 47 Anm. 3; Weckerle, S. 110; Wolfram, S. 160 (im Widerspruch zu seiner S. 41 und S. 114/115 ausgesprochenen Auffassung, § 47 VwGO diene "zumindest auch dem Schutz der einzelnen Bürger.").

Regelung dient u.a. der Offenhaltung der Endentscheidung. Das heißt, Zielrichtung des Vor- und Nachverfahrens müssen übereinstimmen. Es geht nicht an, eine eventuelle subjektive Berechtigung im Anordnungsweg vorläufig zu sichern, über die im Hauptverfahren garnicht entschieden werden kann.
Dem OVG Lüneburg [142] ist deshalb voll beizupflichten, wenn es die Rechtsnatur des Normenkontrollverfahrens in einen zentralen Blickpunkt rückt, weil "auf jeden Fall eine einstweilige Anordnung im Zusammenhang mit einem Normenkontrollverfahren nur zulässig (ist), wenn die mit der einstweiligen Anordnung verfolgten Ziele mit Sinn und Zweck des Normenkontrollverfahrens übereinstimmen". Engelken und Weckerle [143], der alle anderen gegen die Zulässigkeit e.AOen vorgebrachten Gründe nicht gelten läßt, handeln somit folgerichtig, wenn sie von dem mangelnden Rechtsschutzcharakter auf die Unzulässigkeit e.AOen in diesem Verfahren schließen.

Die Frage nach der Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren führt also zurück in jenen lebhaft umstrittenen Fragenkreis um die Funktion des Verfahrens nach § 47 VwGO und auf die Folgerungen, die sich aus der positiv-rechtlichen Ausgestaltung der Vorschrift ergeben.
Die wenig geglückte Fassung der gesetzlichen Regelung - Bachof [144] spricht sogar von einem "mißgestalteten Torso" - hat zu weitgehenden Differenzen auf diesem Gebiet geführt. Auf die in diesem Zusammenhang bestehenden Fragen, wie z.B. die, ob das Normenkontrollverfahren als negative Rechtsetzung, als Institut der Rechtspflege oder als materielle Verfas-

142) Beschl.des I.Sen.v. 23.6.1961, OVGE 17, 343 ff. (344).
143) Beide a.a.O. (Voranm. 141).
144) AöR 86, S. 186 ff. (192).

sungsgerichtsbarkeit aufzufassen ist [145], ob auch Bundesrecht als Maßstabsrecht herangezogen werden kann [146], ob Gerichte "Behörden" im Sinne dieser Vorschrift darstellen [147] und anderes mehr [148], braucht hier zwar nicht unmittelbar eingegangen zu werden, wohl aber auf die hinter all diesen Problemen stehende und die Normauslegung des § 47 VwGO überschattende Frage der rechtsdogmatischen Qualifizierung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle.

Es gilt herauszufinden, ob Sinn und Zweck dieser Normenkontrolle nicht (zumindest auch) die Sicherung subjektiver Rechtspositionen beinhalten. Nur in diesem Falle könnten subjektive, vorläufige Regelungen zulässig sein. Dabei ist mit der Überlegung, daß auch objektive Rechtskontrolle dem subjektiven Rechtsschutz zugute kommen kann, wie umgekehrt, subjektiver Rechtsschutz auch der Erhaltung der objektiven Rechtsordnung dient [149], nicht weiter geholfen. Die erforderliche Übereinstimmung in der Zielrichtung von vorläufigem und endgültigem Verfahren ist nicht schon dann gegeben, wenn bei § 47 VwGO mittelbar als willkommene Sekundärwirkung des Beanstandungsverfahrens auch Rechtsschutz für den

---

145) Vgl. z.B.: Schoen, S. 407; Kratzer, DÖV 1954, S. 44; Bergmann, S. 39; Koehler, § 47 Anm. I3, II u. VII1; Menger, VerwArch. 54, S. 402; ders., System, S. 86 ff.; Bettermann, AöR 86, S. 157; Ule, AöR 82, S. 127; Forsthoff, Lehrbuch, 8. Aufl. S. 512; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 2; BGH VerwRspr. 9, Nr. 16; BayVGH VerwRspr. 9, Nr. 25; VGH Kassel, NJW 1967, S. 798.

146) Renck u. Bachof, Bundesrecht als Maßstabsrecht, DÖV 1964, S. 1 ff. u. 9 ff. m.w.N.; letzte Übersicht bei: Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 24 a; Hess. StGH, DVBl. 1971, S. 66.

147) Eyermann, DVBl. 1963, S. 401; Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 25; Menger, VerwArch. 54, S. 393 ff. (402); Bergmann, S. 36 ff. (54); Ule, VPR, S. 108; Klinger, § 47 Anm. 2 C; Elias, S. 81.

148) Vgl. dazu die Diss. v. Wolfram, Die vwgrtl. NK nach § 47 VwGO, insbes. S. 23 ff., 93 ff., 104 ff., m.w.N.

149) Dazu: Babel, S. 11, Engelken, S. 334; Guthardt-Schulz, S. 42.

Antragsteller anfällt. Die erforderliche Rechtsschutzfunktion muß vielmehr von der Teleologie des § 47 VwGO zumindest auch erfaßt werden. Das Verfahren muß letztlich auch geschaffen worden sein, "um zu" schützen.
Nur wenn das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren - um es nochmals herauszustellen - ein Rechtsschutzverfahren oder auch eine Kombination von Rechtsschutz- und Beanstandungsverfahren darstellt, steht seine Rechtsnatur der Zulässigkeit e.AOen nicht im Wege.

2.) Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, ein Beanstandungsverfahren

Sinn und Zweck des Verfahrens nach § 47 VwGO wird insoweit völlig einheitlich beurteilt, als seine Beanstandungsfunktion in Frage steht [150]. Angesichts der gesetzlichen Ausgestaltung des Verfahrens kann es insoweit auch keinen Zweifel geben: Antragsberechtigung von Behörden, Allgemeinverbindlichkeit der stattgebenden Entscheidung, Zuständigkeit des landeshöchsten Verwaltungsgerichts sprechen als typische Erscheinungsformen eines Beanstandungsverfahrens eine deutliche Sprache. Wenn darüber hinaus statt einer konkreten Rechtsverletzung schon ein erlittener oder zu erwartender "Nachteil" [151] den Weg zum Gericht öffnet, und vor allem nicht eine behauptete Rechtsverletzung, sondern die Frage der Gültigkeit einer Norm Gegenstand des Verfahrens ist, dessen Entscheidung demzufolge nicht auf Abwehr einer Rechtsverletzung, sondern auf Feststellung der Rechtswirk-

---

150) Statt aller die ausführliche Abhandlung v. Maurer, S. 288 m.w.N.; a.A. soweit ersichtlich nur Guthardt-Schulz a.a.O. (Voranm.).

151) Der "Nachteil"-Begriff ist umfassender als der Rechtsverletzungsbegriff. Ausführl. dazu hinten 3.) b).

samkeit oder Unwirksamkeit der angegriffenen Norm lautet, so ist die Rechtslage insoweit unzweifelhaft [152].
Die Beanstandungsfunktion des Verfahrens zielt auf eine ökonomische Gestaltung des Verwaltungsprozeßrechts. Da im Ungültigkeitsfalle "der Streitpunkt abstrakt, d.h. ein für allemal entschieden wird", und die Verwaltungsgerichte nicht ein zweites oder drittes Mal beschäftigen kann [153], wird zahlreichen Einzelprozessen vorgebeugt und die Verwaltungsgerichtsbarkeit fühlbar entlastet [154]. Letztlich wird die Einheitlichkeit der Rechtsprechung insofern gewahrt, "als in der Frage der Gültigkeit einer Norm voneinander abweichende Inzidententscheidungen unmöglich sind, wenn die Gültigkeit im Verfahren nach § 47 VwGO verneint worden ist [155].

Sind diese aus der objektiven Beanstandungsnatur der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle erwachsenden Funktionen allgemein anerkannt, so ist die Frage, ob neben diesen Aspekten auch Rechtsschutzfunktionen bestehen, heftig umstritten.
Einerseits wird eine solche Rechtsschutzfunktion strikt verneint oder als nur mittelbare Nebenwirkung der Beanstandungsfunktion angesehen, andererseits wird die Auffassung vertreten, daß der Rechtsschutz ein selbständiges und neben der Beanstandungsfunktion gleichberechtigtes Element darstelle.
Wie bereits mehrmals herausgestellt wurde, kann nur die Verifizierung der letzten Auffassung zu einer Zulässigkeit

---

152) Zur Parallele zum Verfahren nach Art. 93I, Nr. 2GG vgl.: BVerfGE 1, 407 (414); E 2, 92; 311; 6, 232; 241; 11, 232. Auch Engelken, S. 333, betont diesen Aspekt.

153) So schon W. Jellinek, VVDStRL 2, S. 41.

154) BT-Drucks. I, 4278, S. 36; III/1094.

155) Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 2, m.Hinw. auf d. E d. BayVGH n.F Bd. 11, 94 ff. (96) u. Bd. 12, 61 (64).

von e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren führen. Diese zentrale Frage bedarf somit einer gründlichen Untersuchung.

3.) Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, ein Rechtsschutzverfahren

a) Entstehungsgeschichte, insbesondere die Gesetzesmaterialien

Aus der geschichtlichen Entwicklung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens läßt sich nicht allzuviel herauslesen. Es handelt sich hier um ein verhältnismäßig junges Rechtsinstitut [156]. Abgesehen von unbedeutenden Ausnahmen [157] kannte man in Deutschland die abstrakte Feststellung der Ungültigkeit einer untergesetzlichen Rechtsvorschrift vor Inkrafttreten der süddeutschen Verwaltungsgerichtsgesetze im Jahre 1946 nicht [158]. Erst der zweite "Heidelberger Entwurf" [159] eines Verwaltungsgerichtsge-

---

156) Zur Geschichte vgl.: Wolfram, S. 17 ff.; Elias, S.4 f.

157) So war der Gedanke einer abstrakten Normenanfechtung z.B. in Baden in dem dortigen Wassergesetz vom 12.4. 1913 angedeutet worden: § 120 Abs. I, Ziff. 2 des Badischen WasserG wies dem Bad.VGH eine allgemeinverbindliche Entscheidungsmacht über die Gültigkeit gewisser bezirks- u. ortspolizeilicher Vorschriften zu, sofern in diesen die gesetzlichen Bestimmungen über die Wasserverteilung nach dem Bad.WasserG nicht beachtet worden waren. Die Zulässigkeit der Klage war im Gegensatz zu § 47 VwGO an eine Notfrist von einem Monat gebunden. Vgl. hierzu die Ausführungen bei Alexander Wiener, Das badische Wasserrecht, Erg.Bd. zur II. Aufl. des bad. Wasserrechts von Schenkel, Karlsruhe, 1913.

158) Allgemein zum richterlichen Prüfungsrecht, vgl. z.B.: Spanner, Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, Wien, 1951; Wolfram, S.2 ff.; Elias, S. 1 ff.

159) Der erste "Heidelberger Entwurf" v. 20.3.1946 enthielt dieses Institut ebensowenig, wie der vorangegangene Zwischenbericht von der Tagung der VwGO-Kommission, den Laforet im Nov. 1945 vorgelegt hatte; vgl. zu der Arbeit der Kommission die Ausführungen des Vorsitzenden Walter Jellinek, Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in (Fortsetzung)

setzes vom 24. Juli 1946, den der Länderratsausschuß der drei amerikanisch besetzten Länder am 6.8.1946 angenommen hat und der nach der Bestätigung durch die Militärregierung als "Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit" verkündet wurde, enthielt in § 25 ein abstraktes verwaltungsgerichtliches Normenkontrollverfahren.

Schon bei dieser Vorschrift wurde der Rechtsschutzaspekt anerkannt, war aber nicht unbestritten [160]. Widersprüchlich sind später auch die Materialien zu dem Entwurf einer bundeseinheitlichen Verwaltungsgerichtsordnung [161], die in ihrer Gesetz gewordenen Fassung v. 21.1.1960 in § 47 dem jeweiligen Landesgesetzgeber die Einführung des Normenkontrollverfahrens gegen unterlandesgesetzliche Rechtsnormen freistellt [162].

So hatte der Regierungsentwurf das in § 25 Abs. I, S. 2 VGG enthaltene Antragsrecht der Behörden gestrichen, weil "die Normenkontrolle ihrem Sinn nach in erster Linie den Rechts-

---

Fortsetzung:
der amerikanischen Zone, DReZ 1948, S. 269; Wolfram, S.18.

160) Vgl. etwa BW VGH ESVGH 1, 83; Hess. VGH KStZ 1957, S.137; BayVGH n.F 5, 234; 7, 80; 8, 135; 10, 48; 12, 54; 12, 61; Bergmann, S. 39; Masson, BayVBl. 1957, S. 233 (235); a.A. z.B.: Schoen, S. 407, der ein Verfahren "zur Prüfung objektiven Rechts als Einrichtung der Rechtspflege" annimmt; OVG Bremen, DÖV 1954, S. 60.

161) A.A. BayVGH, DVBl. 1963, S. 107 ff. (110), Beschl.v. 31.10. 1962, der meint, es wäre "nicht zu übersehen, daß (ebenso wie für die Landesgesetzgeber des Jahres 1946 bei der Schaffung des § 25 VGG) für den Bundesgesetzgeber des Jahres 1960 bei der Schaffung eines vwgrtl. Verf. zur abstrakten NK der Gedanke des Individualrechtsschutzes im Vordergrund stand ..."; ausführlich dagegen: Renk, DÖV 1964, S. 1 ff. (6).

162) Die Entwicklung findet mit dem Erlaß der entspr. Ausführungsgesetze ihren Abschluß: BW, § 5 AGVwGO v. 22.3. 1960 (GVBl. S. 94); Bay., Art. 10 AGVwGO v. 28.11.1960 (GVBl. S. 266); Brem., Art. 7 AGVwGO v. 15.3.1960 (GVBl. S. 25); Hess., § 11 AGVwGO v. 6.2.1962 (GVBl. S. 13); Schleswig-Holstein, § 5 AGVwGO v. 11.1.1961.

schutz des einzelnen bezweckt" [163]. Im Widerspruch dazu steht aber sowohl die von der amtlichen Begründung des Entwurfs, als auch im Bericht des Rechtsausschusses vertretene abstrakte Betrachtungsweise der verfassungsrechtlichen Vorbehaltsklausel [164], die den Rechtsschutz nachgerade erheblich verkürzt [165]. Im Bericht des Rechtsausschusses ist dann auch nicht mehr von Rechtsschutz die Rede, vielmehr wird hier hervorgehoben, daß § 47 VwGO der "Rechtsklarheit und der ökonomischen Gestaltung des Prozeßrechts" diene. Diese neuerliche Betonung des Beanstandungszwecks unterstreicht der Rechtsausschuß auch dadurch, daß er den vom Regierungsentwurf gestrichenen Behördenantrag wieder übernimmt. Mit einigen Änderungen hat der Bundestag den Entwurf des Rechtsausschusses in die gesetzliche Regelung übernommen; vor allem ist auch die Antragsberechtigung der Behörden wieder Gesetz geworden.

Aus dieser Tatsache will Renck [166] den Schluß ziehen, daß die Entstehungsgeschichte des § 47 eher gegen eine Rechtsschutzfunktion der Vorschrift spricht.
Bei aller Vorsicht, mit der Renck seine These formuliert, muß ihr doch widersprochen werden. Angesichts der Widersprüche muß den Materialien jegliche Aussagekraft abgesprochen werden.
Einmal kann die von der Ministerialbürokratie formulierte Begründung - wie Bachof betont [167] - nicht ohne weiteres mit der Auffassung des Parlaments gleichgesetzt werden, zumal wenn das Gesetz von dem entsprechenden Entwurf abweicht.

---

163) BT-Drucks. I/4278 S. 36; unverändert III/55 S. 33; vgl. auch Schlochauer, AöR 79, S. 185 ff. (191).

164) BT-Drucks. III/1094, S. 6.

165) Renck, Maßstabsrecht, DÖV 1964, S. 1 ff. (6).

166) A.a.O. (Voranm.); ihm folgend: Engelken, DÖV 1971, S.336.

167) Bachof, Maßstabsrecht, DÖV 1964, S. 9 ff. (10).

Zum anderen macht es die Maßgeblichkeit des "objektivierten Gesetzeswillens" [168], der den Materialien selbst bei Eindeutigkeit nur einen sehr begrenzten Wert zukommen läßt, im vorliegenden Fall um so leichter die Materialien bei dieser Frage völlig außer Betracht zu lassen [169].

b) Wortlaut, Zusammenhang und Zweck

Kann die historische Auslegungsmethode auch nicht unterstützend herangezogen werden, so ist § 47 VwGO nach seiner gesetzlichen Ausgestaltung, seiner systematischen Stellung im Gesetz und insbesondere der ihm zugeordneten Zwecksetzungen einschließlich eines Vergleichs mit anderen Verfahrensarten sorgfältig auszulegen.

aa) Nach § 47 S. 1 VwGO und den dazu vorliegenden Landesausführungsgesetzen entscheidet das Oberverwaltungsgericht, bzw. der Verwaltungsgerichtshof "... über die Gültigkeit einer ... Rechtsvorschrift ...". Zum G e g e n s t a n d d e s V e r f a h r e n s ist damit die Entscheidung über die Gültigkeit einer Norm gemacht worden, also über ihr gültiges Zustandekommen und ihre fortdauernde Geltung, wobei die Vereinbarkeit mit den als Maßstabsrecht heranzuziehenden höherrangigen Rechtssätzen des objektiven Rechts zu prüfen ist.
Legt S. 1 des § 47 VwGO den Gegenstand des Verfahrens fest, so ist die gesetzliche Regelung jedoch mit dieser Bestimmung keinesfalls erschöpft. Insbesondere ist mit der Festlegung des Verfahrensgegenstandes nicht auch schon - wie

---

168) BVerfGE 1, 229 (312) = DÖV 1952, S. 446; st.Rspr., vgl. auch die Nachw. bei Jesch, JZ 1963, S. 242, Anm. 4. Zur Verwendbarkeit von Gesetzesmaterialien, grundsätzl. Larenz, Methodenlehre, S. 296 f.

169) So im Ergebnis auch: Guthardt-Schulz, S. 69, Engelken, S. 336.

Engelken [170] anzunehmen scheint - Sinn und Zweck des gesamten Verfahrens verdeutlicht. Die Nachprüfung der Rechtsgültigkeit von Normen kann, wie das Beispiel der Verfassungsbeschwerde zeigen wird, sowohl zur objektiven Rechtskontrolle, als auch aus Gründen des subjektiven Rechtsschutzes geschehen. Ein zwingender Schluß vom Verfahrensgegenstand auf den Verfahrenszweck ist insoweit nicht möglich. Auch ist der Normzweck nicht schon aus einem Teil der gesetzlichen Regelung abschließend zu ermitteln; hierzu müssen vielmehr das Institut in seiner Gesamtheit, das ganze Gesetzeswerk, ja unter Umständen sogar die Anforderungen des Gesellschaftslebens mit einbezogen werden [171].

bb) Bachof [172] hat die Ansicht vertreten, daß spätestens durch die Ausführungsbestimmungen zu § 25 VGG [173], die das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren k o n t r a d i k t o r i s c h mit "Antragsteller" und "Antragsgegnern" a u s g e s t a l t e t e n , der Rechtsschutzcharakter des Verfahrens klar zu Tage getreten sei. Dieser Schluß erscheint nicht zwingend. Solch äußerliche Verfahrensgestaltung vermag bestenfalls ein Indiz in die eine oder andere Richtung abzugeben. Sie kann auf rein verfahrenstechnischen Gründen beruhen; etwa um auf diesem Weg den für die Norm verantwortlichen Erlaßbehörden rechtliches Gehör gewähren zu können [174]. Auf jeden Fall ist der Fest-

---

170) S. 333 u. 334; seiner Ansicht nach enthalten die weiteren Sätze des § 47 VwGO nur noch - mehr oder weniger - unbedeutende Einzelheiten zur Antragsbefugnis, Form und Wirkung der Entscheidung.

171) Vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S.77.

172) Maßstabsrecht, DÖV 1964, S. 9 ff. (11). Auch Geiger, BVerfGG, § 76 Anm. 5, § 82 Anm. 1, DÖV 1952, S. 481 (485) und Spanner, Rechtsschutzbedürfnis, S. 419 vertreten die Ansicht, daß nichtstreitige Verfahren der objektiven Rechtskontrolle dienen.

173) Auch in den Ausführungsgesetzen zur VwGO bezeichnen mehrere Länder die Körperschaft, die die Rechtsvorschrift erlassen hat, als "Antragsgegner". Vgl. Art. 10, Bay-

(Fortsetzung)

stellung Wilkens [175] zuzustimmen, daß kontradiktorische Verfahren nicht "automatisch" Rechtsschutzcharakter haben müssen, genauso wie nichtstreitige Verfahren nicht ausschließlich der objektiven Rechtskontrolle dienen müssen. Richtig ist, daß ein objektives Verfahren regelmäßig nichtstreitig sein wird, es aber nicht sein muß. Abschließende Folgerungen können aus der kontradiktorischen Ausgestaltung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle somit nicht gezogen werden.

cc) Teilweise wird in Schrifttum und Rechtsprechung [176] die Rechtsschutzfunktion der Normenkontrolle nach § 47 VwGO aus der Tatsache herzuleiten versucht, daß überhaupt einzelne nach § 47 S. 2 zur A n t r a g s t e l l u n g befugt sind, und somit Einfluß auf Ingangsetzung und Fortdauer des Verfahrens haben - eine Beweisführung, der Renck [177] überzeugend einen nachhaltigen Beweiswert abspricht.
Wäre diese Argumentation richtig, müßte sämtlichen Normenkontrollverfahren Rechtsschutzcharakter zukommen, denn Normenbeanstandung ex officio gibt es nicht und kann es auch wegen der Unparteilichkeit des Richters gar nicht geben.

Fortsetzung:
AGVwGO; Art. 7 Abs. II Brem. AGVwGO; § 11 Abs. III Hess. AGVwGO; § 5 a Abs. III Schleswig-Holstein. AGVwGO.

174) Darauf scheint die Formulierung des § 5 Abs. II BW AGVwGO hinzudeuten.

175) Wilken, DVBl. 1969, S. 533; ders., Diss., S. 113; Guthardt-Schulz, S. 41.

176) Menger, Grundrechte Bd. III, 2. Halbbd., S. 740; anders aber auf S. 729; BW VGH ESVGH 13, 71 (72); BayVGH BayVBl. 1969, S. 288, wo es heißt: "§ 47 VwGO dient, wie sich schon aus der Antragsberechtigung ergibt ... auch dem Individualrechtsschutz".

177) Maßstabsrecht, DÖV 1964, S. 1 ff. (7); vgl. auch neuerdings wieder Bettermann, Beschwer als Klagevoraussetzung, in Recht und Staat, Heft 386/387 (1970), S. 34; Grunsky, Grundlagen des Verfassungsrechts, 1970, S. 192; zuletzt Engelken, S. 333.

Die Notwendigkeit einer Verfahrenseinleitung durch Antrag ist geradezu ein Kennzeichen rechtsprechender Neutralität. Das Antragserfordernis ist ein allgemeiner verfahrensrechtlicher Grundsatz, der in Verfahren der objektiven Rechtskontrolle, wie in Rechtsschutzverfahren gleichermaßen Geltung beansprucht. Es ist erforderlich, weil ein Gericht grundsätzlich nicht von Amts wegen tätig wird, und schließlich jemand bestimmen muß, ob und was geprüft werden soll. Selbst in einem reinen Beanstandungsverfahren, wie dem bayerischen Popularklageverfahren nach Art. 98 S. 4 der Bayerischen Verfassung, ist es unerläßlich.

dd) Auch die Tatsache, daß gerade der e i n z e l n e B ü r g e r a n t r a g s b e r e c h t i g t ist, spricht nicht unbedingt für den Rechtsschutzcharakter des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens: Gleichberechtigt neben dem Bürger gewährt § 47 S. 2 VwGO auch Behörden [178] ein Antragsrecht. Da diese nicht Träger subjektiver Rechte und Pflichten sein können [179], kann es diesen Antragstellern auch nicht um Gewährung subjektiven Rechtsschutzes gehen.
Diese Tatsache ist nicht über eine "Interessenvertretung" der Bürger durch die Behörden aus dem Weg zu räumen. Ein Streit um derartige Konstruktionen müßte notwendigerweise fruchtlos bleiben, da ohne Aussicht auf ein befriedigendes Ergebnis beliebig darum gestritten werden könnte, ob nun die Behörde als "Sachwalter von Individualinteressen" die öf-

---

178) Beispiele für vwgrtl. NKV auf Initiative von Behörden bringt Engelken, S. 333 FN 28.

179) Obwohl der Begriff der Behörde weit zu fassen ist - Verwaltungsbehörde ist jede Stelle, die Aufgaben der öffentl. Verwaltung wahrnimmt - haben diese gegenüber den sie tragenden Rechtssubjekten keine rechtliche Eigenexistenz. Behörden fehlt schon die Rechtsfähigkeit. Vgl.: BVerwG, DÖV 1958, S. 660 f.; Friedrich Müller, BWVBl. 1968, S. 68.

fentliche Gewalt zur rechtmäßigen Ausübung ihrer Macht anhält, oder, ob nicht umgekehrt der einzelne Bürger als "Sachwalter der Allgemeinheit" in dieser Richtung tätig wird [180].

ee) Stehen die in § 47 S. 2 VwGO enthaltenen Antragsbefugnisse von Personen und Behörden auch gleichberechtigt nebeneinander, so ist doch ein entscheidender Unterschied zu beachten, der eine differenzierte Betrachtungsweise gebietet: Für das personelle Antragsrecht verlangt das Gesetz im Unterschied zum behördlichen Antragsrecht das zusätzliche E r f o r d e r n i s e i n e s durch die Normanwendung erlittenen oder in absehbarer Zeit zu erwartenden " N a c h t e i l s " .
Das Normenkontrollverfahren erfordert also insoweit - genauso wie die übrigen verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren - als Zulässigkeitsvoraussetzung den Nachweis [181] eines k o n k r e t e n R e c h t s s c h u t z b e d ü r f n i s s e s in Form einer besonderen Beschwer. Eine Tatsache, die ohne Zweifel Rechtsschutzaspekte in das Normenkontrollverfahren hineinträgt. Der Bürger kann es gar nicht einleiten, um als Sachwalter der Allgemeinheit zu handeln, da § 47 S. 2 VwGO verlangt, daß es ihm darauf ankommt, sich selbst vor Nachteilen zu schützen, die die Norm für ihn mit

---

180) Letztere Ansicht vertritt Menger, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd., S. 729. Er übernimmt damit eine Formulierung, die W.Niese, (Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornahmeklage im Verwaltungsprozeß, JZ 1952, S. 353 ff. (358) für die Anfechtungsklage im weiten Sinne geprägt hat: Ähnlich dann auch Quaritsch, S. 365 und Maurer, S. 288.
Zu den verschiedenen "Sachwalter-Konstruktionen" vgl. Renck, Maßstabsrecht, DÖV 1964, S. 7.

181) "Glaubhaftmachung" in der hier erarbeiteten Form (2.Abschn. § 8, IV., A) 2. b) dürfte genügen, vgl. auch Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 28.

sich bringt [182]. Gerade das aber ist ein typisches Merkmal subjektiver, auf Gewährung von Individualrechtsschutz ausgerichteter Verfahren.
In richtiger Erkenntnis dieses "vom Rechtsschutzbedürfnis abhängenden Individualrechts auf Normenkontrolle" [183] hat der Bay VGH [184] schon im Jahre 1959 einen Normenkontrollantrag mit der zutreffenden Begründung abgewiesen, der Antragsteller sei als "Sachwalter der Allgemeinheit aufgetreten, um eine nach seiner Ansicht allein gerechte Ordnung zu erkämpfen", ohne selbst einen Nachteil erlitten zu haben oder befürchten zu müssen.

Dieser Rechtsschutzaspekt im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle bedingt jedoch nicht schon allein und ohne weiteres den Rechtsschutzcharakter des Normenkontrollverfahrens auf Initiative einer Person.
Möglicherweise kann schon deshalb kein Rechtsschutzverfahren angenommen werden, weil es sich bei dem Nachteilerfordernis des § 47 S. 2 VwGO nur um eine bloße Zulässigkeitsvoraussetzung handelt, die eigentliche Normenkontrollentscheidung über die Gültigkeit der angegriffenen Norm gar nicht die Frage berücksichtigt, ob dem Antragsteller zu Unrecht Nachteile zugefügt wurden; eine etwaige Ungültigkeitserklärung also nicht "wegen des Nachteils erfolgt" [185].
Ein Gedanke, der vor allem deshalb gegen den Rechtsschutzcharakter der Normenkontrolle spricht, weil in den typischen Rechtsschutzverfahren der VwGO (§§ 42, 43, 113 VwGO)

---

182) Eyermann/Fröhler a.a.O. (Voranm.); Redeker/von Oertzen § 47 Rdnr. 13; Ule, Verwaltungsgerichtsbarkeit, § 47 Anm. III 1.

183) Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 62/63, FN 190 a.

184) E des IV. Sen. v. 18.9.1959,(noch zu § 25 VGG)Bay VGH n.F 12, 61 ff.

185) Ein beachtliches Argument aus der ausführlichen Stellungnahme gegen die Zulässigkeit e.AOen im NKV von Engelken, DÖV 1971, S. 331 ff. (333).

auch im Begründetheitsstadium das unrechtmäßige Betroffensein des Klägers ausschlaggebend ist. Die Klage ist nur dann begründet, wenn das angegriffene Verhalten der Verwaltung rechtswidrig u n d der Kläger dadurch in seinen Rechten verletzt ist. An diesem letzten Erfordernis fehlt es in dem Verfahren der Normenkontrolle.
Dieser Einwand gegen die Qualifizierung des Normenkontrollverfahrens als Rechtsschutzverfahren greift nicht durch. Die Tatsache, ob bei der Begründetheitsprüfung objektiv-rechtliche oder subjektiv-rechtliche Überlegungen eine Rolle spielen, ist für die Unterscheidung von Rechtsschutz- und Beanstandungszweck eines Normenkontrollverfahrens ein untaugliches Kriterium.

Im Rahmen einer Normenkontrolle, wie bei den übrigen verwaltungsgerichtlichen Verfahren, untersuchen zu wollen, ob die Norm auch in Bezug auf den betreffenden Antragsteller ungültig ist, weil sie ihn in seinen Rechten verletzt, hieße Wirkung und Rechtsnatur des Prüfungsgegenstandes außer acht lassen. Wegen der abstrakt generellen Regelung durch Rechtssatz ist eine partielle, auf einen bestimmten Antragsteller bezogene Ungültigkeit einer Norm schon denkgesetzlich nicht möglich. Eine Norm kann nur entweder allgemein gültig oder allgemein ungültig sein. Besondere subjektiv-rechtliche Auswirkungen zu prüfen, ist im Normenkontrollverfahren überflüssig und unzutreffend.
Aus diesem Grund müssen alle Vergleiche mit den gegen Einzelmaßnahmen gerichteten Rechtsschutzverfahren der VwGO von vornherein mit Vorsicht behandelt werden. Im Gegensatz zur generell wirkenden Norm beansprucht ein Verwaltungsakt nur in dem durch ihn verbindlich geregelten Einzelfall Geltung; außerhalb des konkreten Einzelfalles zeigt er keinerlei - weder rechtmäßige noch rechtswidrige - Rechtswirkungen. Nur bei dieser Rechtslage ist es notwendig und sinnvoll die Frage der Rechtswirkungen gerade gegen den konkreten Kläger zu prüfen und festzustellen, ob dieser überhaupt Adressat eines

mit Anspruch auf Verbindlichkeit erlassenen Verwaltungshandelns, also aktiv-legitimiert ist. Die Überprüfung einer Norm kann hingegen nur in der Nachprüfung der generellen Gültigkeit bestehen.
Kann mithin die Frage des Rechtsschutzzweckes eines Normenkontrollverfahrens nicht an Hand der Begründetheitsprüfung entschieden werden, so ist allein auf die Kriterien der Zulässigkeitsvoraussetzungen abzustellen. Das bedeutet, die Tatsache, daß der eingetretene oder zu erwartende Nachteil - die Beschwer des Antragstellers - nur eine Sachurteilsvoraussetzung und keine Frage der Begründetheit des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens ist, schließt einen eventuellen Rechtsschutzcharakter nicht aus. Das zeigt vor allem auch die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsakts nach § 43 Abs. I VwGO [186], die entgegen der Anfechtungsklage schon begründet ist, "wenn der VA nichtig ist, ohne daß es auf die Verletzung der rechtlichen Interessen gerade des Klägers ankäme" [187]. Auch in diesem Verfahren ist die Rechtmäßigkeit eines Staatsakts Streit- und Entscheidungsgegenstand, die Betroffenheit des Klägers bloße Zulässigkeitsvoraussetzung, ohne daß der Rechtsschutzcharakter dieses Verfahrens jemals in Frage gestellt worden ist [188].

Schließlich kann ein über § 47 S. 2 VwGO begründeter Rechtsschutzcharakter auch nicht deshalb abgelehnt werden, weil

---

186) Wilken, DVBl. 1969, S. 533; ders., Diss., S. 113 ff.

187) Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 19.

188) Unzutreffend ist dagegen das ebenfalls von Wilken a.a.O. angeführte Beispiel der Fortsetzungsfeststellungsklage gem. § 113 Abs. I S. 4 VwGO. Diese kann - wie sich aus der engen (inneren u. äußeren) Verbindung von S.1 und S.4 der Vorschrift ergibt - nur dann Erfolg haben, wenn der erledigte VA bei Nichterledigung hätte aufgehoben werden müssen; wenn also zuvor tatsächlich die Rechte des Klägers verletzt worden sind (vgl. Eyermann/Fröhler § 113 Rdnr. 47).

diese Gesetzesstelle überhaupt kein Rechtsschutzbedürfnis im eigentlichen Sinne verlangt [189].

Zwar läßt der Wortlaut des § 47 S. 2 VwGO ausdrücklich einen (erlittenen oder auch nur zu erwartenden)"Nachteil" genügen und erfordert keine "Rechtsverletzung" wie dies z.B. in den für die verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren grundlegenden Vorschriften der §§ 42 Abs. II und 113 VwGO der Fall ist. Trotzdem besteht Einigkeit darüber, daß auch diese Ausdrucksweise ein Rechtsschutzbedürfnis im weiteren Sinn beinhaltet [190].

Obwohl der Nachteilsbegriff des § 47 S. 2 VwGO trotz zahlreicher Definitionsversuche immer noch nicht endgültig abgeklärt ist, besteht heute in Rechtsprechung und Literatur Übereinstimmung bezüglich einer grundsätzlich weiten Auslegung des Begriffs: Jede Rechtsbeeinträchtigung, also jede Schmälerung eines "rechtlich geschützten Interesses des ASt. ist ausreichend, zugleich aber auch erforderlich [191]. Nicht genügt irgendein Nachteil schlechthin [192], der sich aus der Anwendung der Norm ergibt.

---

189) So aber kürzlich: Engelken, DÖV 1971, S. 331 ff. (335 f.).

190) Vgl. z.B.: Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 28; Redeker/von Oertzen § 47 Rdnr. 12 und die übrigen in Anm. 191 Zitierten.

191) BW VGH ESVGH 9, 206; 17, 101 = DVBl. 1967, S. 385; ESVGH 17, 177; NJW 1963, S. 1687; NJW 1967, S. 1194; DÖV 1967, S. 309; BWVBl. 1969, S. 184; BWVBl. 1970, S. 106; st. Rspr. Bay VGH n.F 16, 31 (34); Hess. VGH ESVGH 17, 111; DVBl. 1967, S. 389; NJW 1970, S. 1619 f. m.w.N.
OVG Lüneburg NJW 1970, S. 773.
Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 29; Redeker/von Oertzen § 47 Rdnr. 13; Ule, VwGO, § 47 Anm. III 1; Bergmann, S. 51; Frdr. Müller, DÖV 1968, S. 628 m.w.N.; Maurer, S. 289, FN 53; Wolfram, S. 145 f.

192) BW VGH DÖV 1967, S. 280 will auch die nachteilige Beeinträchtigung tatsächlicher Verhältnisse genügen lassen. Kritisch dazu: Menger/Erichsen, VerwArch. 1967, S. 385.

Damit ist der Nachteilsbegriff in § 47 VwGO der einen der beiden Komponenten des Rechtsverletzungsbegriffs in § 42 Abs. II VwGO stark angenähert [193]. Dieser Begriff setzt sich bekanntlich aus zwei Bestandteilen zusammen: Die eine Voraussetzung ist die Schmälerung der Rechtsposition, die eigentliche Rechtsbeeinträchtigung, die andere Komponente ist die Rechtswidrigkeit der betreffenden Rechtsbeeinträchtigung.
Ist aber erst die r e c h t s w i d r i g e Rechts - b e e i n t r ä c h t i g u n g als Rechts v e r l e t - z u n g i.S.v. § 42 Abs. II VwGO anzusehen, so wird klar, warum der Gesetzgeber des Normenkontrollverfahrens nicht den Begriff der Rechts v e r l e t z u n g verwenden konnte, sondern auf eine andere Terminologie ausweichen mußte. Der Begriff der Rechts v e r l e t z u n g würde die Rechtswidrigkeit des zu prüfenden Rechtssatzes voraussetzen und damit bereits im Zulässigkeitsstadium der Normenkontrolle in die Prüfung der Begründetheit des Antrags hineinführen.

Meint aber der Begriff des "Nachteils" jede Beeinträchtigung der rechtlich geschützten Interessensphäre, und ist er somit der bei § 42 Abs. II VwGO verlangten Rechtsbeeinträchtigung vergleichbar, so liegt ein rechtlich geschütztes Interesse immer dann vor, wenn eine Rechtsnorm vorhanden ist, die "nicht lediglich dem öffentlichen Interesse (Allgemeininteresse), sondern allein oder auch dem (beeinträchtigten) Individualinteresse dienen will" [194]. Der ASt. im Normenkontrollverfahren kann einen "Nachteil" durch die Anwendung der von ihm angegriffenen Norm dann "glaubhaft" machen, wenn die betreffende Norm "entweder solche Vorschriften des übergeordneten Rechts verletzt, die den Schutz

193) Vgl. zum Rechtsverletzungsbegriff bei § 42 Abs. II: Eyermann/Fröhler § 42 Rdnr. 90; Rupp, AöR 88, S. 487.

194) Eyermann/Fröhler § 42 Rdnr. 96 m.w.N.

des ASt. zu dienen bestimmt sind, oder wenn sie den ASt. in einem Lebenskreis trifft, der nach allgemeinen Wertungen der Rechtsordnung als dem einzelnen zugeordnet und insoweit als schutzwürdig anzusehen ist" [195].
Deutlicher kann das Erfordernis des Rechtsschutzbedürfnisses im Rahmen der Zulässigkeit eines verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO kaum herausgestellt und der Rechtsschutzcharakter des Verfahrens nachgewiesen werden.

ff) Dieses mit § 47 S. 2 VwGO begründete Rechtsschutzbedürfnis kann nicht - wie teilweise geschehen [196] - als eine lediglich die Popularklage ausschließende Klausel abgetan werden. Hätte der Gesetzgeber nur eine Popularklage vermeiden wollen, ohne ein Rechtsschutzverfahren zu konzipieren, so hätte die Antragsbefugnis der Behörden und etwa noch anderer Amts- und Mandatsträger genügt [197]. Mit der Einrichtung von Einzelantragsberechtigungen wurde die Popularklage eben gerade dadurch ausgeschlossen, daß Rechtsschutzelemente in das ansonsten objektive Rechtskontrollverfahren positiv-rechtlich eingefügt worden sind.
Zusammenfassend ist die Regelung der Antragsbefugnis in Satz 2 des § 47 VwGO dahin zu erklären, daß neben der Sachkunde der zuständigen Behörden das Rechtsschutzinteresse eines weiten, nachteilig betroffenen Personenkreises vom Gesetz nutzbar gemacht wird, um so bei möglichst allen umstrittenen unterlandesgesetzlichen Rechtsvorschriften die

---

195) OVG Lüneburg, NJW 1970, S. 773.

196) Bergmann, S. 53; Grunsky, S. 8; Koehler, § 47 Anm. V1; Masson, BayVBl. 1957, S. 236; Schoen, S. 407 ff.; OVG Lünegurg, E d.I.Sen.v. 23.6.1961, OVGE 17, 343 (344), inzwischen aber überholt durch E v. 24.6.1966, DVBl. 1966, S. 760.

197) So Frdr. Müller, BWVBl. 1968, S. 66 ff. (67).

Durchführung eines Normenkontrollverfahrens zu gewährleisten.

Diese Kombination von Rechtsschutz- und Rechtskontrolle entspringt - wie sich Paulus [198] sehr treffend und anschaulich ausgedrückt hat - der "listigen Idee der Prozeßvernunft, den Parteiegoismus höheren Zwecken dienstbar zu machen". Das egoistische Streben des Einzelantragstellers, sich gegen Nachteile zu schützen, wird hier der objektiven Rechtsordnung dadurch dienstbar gemacht, daß es ein Verfahren zur objektiven Rechtskontrolle in Gang bringen kann und gleichzeitig Rechtsschutz bietet.

Solchermaßen nützliche Kombination von Eigennutz und Gemeinwohl ist im Prozeßrecht auch nicht etwa unzulässig [199] oder gar verfassungswidrig [200].

Zwar sind die Verfahren, die der objektiven Rechtskontrolle dienen, theoretisch klar von denjenigen zu unterscheiden, die dem Schutz und der Durchsetzung subjektiver Rechte dienen, da beide Gruppen von Verfahrensarten unterschiedlichen Regeln folgen. Dies schließt aber nicht aus, beide Verfahrenszwecke in praxi zu kombinieren.

Renck [200] meint, das GG gehe in den Art. 93 Abs. I Ziff. 2 und Art. 100 Abs. I von einer "völligen Trennung" der Institute des Rechtsschutzes und der Rechtsbeanstandung aus. Deshalb sei eine Kombination beider Verfahrensarten nicht möglich. Dem ist entgegenzuhalten, daß - abgesehen von der Tatsache, daß Art. 100 Abs. I GG für untergesetzliche Normen nicht einschlägig ist - einem solchen Schema des "reinen" Typus der Verfahren eine ungerechtfertigte Überbewertung der

---

198) ZZP 71, S. 188 ff. (196).

199) Engelken, S. 334 meint, eine solche Kombination wäre der eindeutigen und praktikablen Handhabung der beiden Verfahrensarten abträglich" und deshalb unzulässig. Dieses Argument greift nicht durch, weil eine Kombination der Verfahren keineswegs hindert, beide Verfahrenstypen theoretisch klar zu scheiden.

200) Vor allem in DÖV 1964, S. 651 ff. (657), aber auch in DÖV 1964, S. 1 ff. und JUS 1966, S. 273 ff. (277).

gesetzlichen Ausgestaltung der verfassungsgerichtlichen abstrakten Normenkontrolle zugrunde liegt. Diesem Verfahren wird sozusagen eine authentische Interpretation dessen unterschoben, was man unter Normenkontrolle zu verstehen habe. Daß der Grundgesetzgeber bei Verwirklichung der abstrakten Normenkontrolle ein solches rechtstheoretisches Schema vor Augen hatte, ist aber eine völlig unbewiesene These [201]. Es sprechen im Gegenteil gewichtige Gründe für die Annahme, daß der Gesetzgeber keineswegs angehalten ist, Rechtsschutz- und Beanstandungsverfahren nur in Reinkultur zu realisieren. So ist zum Beispiel anerkannt, daß dem Rechtsschutzinstrument der Verfassungsbeschwerde - das klar ein Geltendmachen der Verletzung bestimmter eigener subjektiver Rechte voraussetzt und nur im Fall ihrer festgestellten Verletzung zum Erfolg führt - auch eine entscheidende "Funktion innerhalb der objektiven Rechtsordnung" zukommt [202] und somit Rechtsschutz- und Beanstandungszweck in sich vereint. In diesem Sinne ist es nur konsequent, wenn in § 95 Abs. I, S. 2 und Abs. III S. 2 BVerfGG, sowie nach der Novelle vom 3.8.1963 (BGBl. I S. 589) auch in § 93 a Abs. IV, S. 2 1. Alt. und § 31 Abs. II BVerfGG die objektive Rechtskontrollfunktion hervorgehoben wird [203]. Auch für die bayeri-

---

201) Maurer, S. 288, FN 50; Frdr. Müller, S. 67; Bartelsperger, DVBl. 1967, S. 360 ff. (371).

202) Vgl. zu dieser Doppelfunktion: BVerfGE 2, 79 ff. (86); Lechner, BVerfGG, § 90 Anm. 3; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 91; Schlitzberger JR 1965, S. 405; Tüttenberg, S. 78; a.A. zuletzt (in diesem Zusammenhang): Engelken, DÖV 1971, S. 331 ff. (334, FN 40).

203) Vgl. jeweils die Kommentarstelle bei Lechner, BVerfGG, § 95 Abs. I Anm. b und Anm. zu Abs. III S. 2; § 93 a Anm. zu Abs. IV; § 31 Anm. zu Abs. II 1. Ferner: Bartelsperger, S. 371, FN 157; Wilken, Diss. S. 114 und DVBl. 69, S. 534; a.A. Renck, a.a.O. (Voranm. 200). - Renck müßte konsequenterweise diese Regelung i.S. objektiver Rechtskontrolle bei einem nach seiner Ansicht typenreinen Rechtsschutzverfahren für verfassungswidrig halten. Er findet es aber lediglich "bedauerlich, daß sich der Gesetzgeber vorschnell bereit gefunden hat (Fortsetzung)

sche Verfassungsbeschwerde hat der BayVerfGH [204] eine Kombination von objektiver Rechtskontrolle und subjektivem Rechtsschutz angenommen, wie auch ansonsten eine Verknüpfung beider Verfahrensarten als legitim angesehen wird[205] [206].

gg) Die Erörterung von Wortlaut und Zweck des § 47 VwGO sei ergänzt durch einen kurzen Blick auf die systematische Stellung der Vorschrift im Gesetz.
§ 47 VwGO steht zwar nicht unter den gewöhnlichen verwaltungsgerichtlichen Klageverfahren der §§ 42 und 43 VwGO, sondern unter den Vorschriften über die funktionelle Zuständigkeit (§§ 45-50 VwGO). Trotzdem kann aus der systematischen Stellung im Gesetz genausowenig ein Argument gegen den Rechtsschutzcharakter der Vorschrift entnommen werden, wie für diese Qualifikation. Die Absonderung von den gewöhnlichen Streitverfahren hebt lediglich den Sonderstatus eines Verfahrens heraus, das sich mit der rechtsetzenden Verwaltung auseinandersetzt, während die übrigen Verfahren die verwaltende Tätigkeit der Behörden zum Gegenstand haben, ohne irgendwelche Schlüsse auf die rechtsdogmatische Quali-

---

Fortsetzung:
§ 95 Abs. III ... in § 31 Abs. II BVerfGG ausdrücklich zu nennen". (DÖV 1964, S. 651 ff. (658).

204) E v. 20.7.1966, S. 417 (Leitsatz und S. 418 m.w.N.d.st. Rspr.).

205) Vgl.: Bachof, DÖV 1964, S. 1 ff.(11); Maurer, S. 288; Menger, Die Grundrechte III 2., S. 729 ff.; Schmitt-Glaeser/Tschira, BayVBl. 1970, S. 160 ff. und 203 ff. (161); Wolff VwR III, S. 336 ff. und die in Anm. 203 Genannten.

206) Soweit gegen den Rechtsschutzcharakter des § 47 VwGO auch noch eingewandt worden war, die für ein Rechtsschutzverfahren notwendigen Merkmale des Suspensiveffektes, der mündl. Verhdl. und des Instanzenzuges fehlten, - so Brohm, S. 76 - ist inzwischen durch das BVerfG eine Klärung erfolgt (vgl. E 11, 232 = DVBl. 1961, S. 749). Das BVerfG hat überzeugend dargetan, daß das vwgrtl. NKV (noch gem. § 25 VGG) den Anforderungen genügt, die an einen Rechtsweg i.S.d. Art. 19 Abs. IV GG zu stellen sind.

fizierung dieses Verfahrens zuzulassen.
Neben der historischen Auslegung kann also auch die systematische Auslegung keine entscheidenden Erkenntnisse vermitteln, sodaß die im Wege der grammatikalischen und teleologischen Interpretation gewonnenen Ergebnisse ausschlaggebend bleiben.

c) Die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle auf Antrag einer Person, eine Kombination von Rechtsschutz- und Beanstandungsverfahren

aa) Die Erkenntnis, daß die Wendung des § 47 S. 2 VwGO hinlänglich deutlich werden läßt, daß die Verwaltungsgerichte den einzelnen gegen Ungesetzlichkeiten der Behörden nicht nur schützen sollen, wenn diese verwaltend tätig werden, sondern auch wenn diese sich rechtsetzend betätigen, ist nicht nur bei Verfechtern der Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren verbreitet, sondern seit längerer Zeit auch eine "feststehende Prämisse"[207] der maßgeblichen Rechtsprechung und Literatur zur Lösung eines anderen (bis dahin heftig umstrittenen) Fragenkomplexes.
Die sogenannte "abstrakte Betrachtungsweise" der Vorbehaltsklausel für die Verfassungsgerichtsbarkeit in § 47 VwGO kann heute nur noch schwerlich auf Anerkennung rechnen, da sich aufgrund einer Rechtsschutzbetrachtung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens die engere sogenannte "konkrete Auslegung" durchgesetzt hat [208]. So ist es nunmehr feste Rechtsprechung des BW VGH [209] und des BayVGH[210],

---

207) Bartlsperger, DVBl. 1967, S. 360 ff. (362).

208) Unverständlich ist, warum Engelken, S. 333 FN 25 die diesbezügliche Rspr. zur dogmatischen Qualifikation des NKV als Rechtsschutzverfahren ignorieren zu können glaubt.

209) Alle Senate des Gerichts haben die abstrakte Betrachtungsweise aufgegeben und sich der konkreten rechts- (Fortsetzung)

denen sich für die Länder Niedersachsen und Schleswig-Holstein das OVG Lüneburg [211] und neuerdings auch der Hess. VGH [212] angeschlossen haben [213], das Normenkontrollver-

---

Fortsetzung:
schutzfreundlichen Auffassung zugewandt (vgl.f.d.frühere Auffassung noch ESVGH 11, 27; 11, 32; 11,115): BW VGH DÖV 1963, S. 228; NJW 1963, S. 1687; DÖV 1963, S.760 = ESVGH 13, 71; BWVBl. 1964, S.155; ESVGH 14,197; DVBl. 1965, S. 610 = ESVGH 15, 51; 15, 117; DVBl. 1966, S. 827 = ESVGH 16, 21, vgl. dazu Bespr.v. Menger, VerwArch. 58 (1967), S. 380; DVBl. 1967, S. 385 = DÖV 1967, S. 280 = ESVGH 17, 101; GewArch. 1967, S. 258 = ESVGH 18, 19; 18, 38; NJW 1969, S. 203 = ESVGH 18, 155; 19, 123; BWVBl. 1969, S. 42.

210) Der BayVGH hat von Anfang an die konkrete Betrachtungsweise vertreten: BayVBl. 1962, S. 57 = VerwRspr. 14, S. 321; BayVBl. 1963, S. 154 = DVBl. 1963, S. 107 = VerwRspr. 15, 596; bestätigt in BayVBl. 1967, S.433; auch BayVBl. 1971, S. 27; speziell im Zusammenhang mit einer e.AO: BayVBl. 1969, S. 288 = VerwRspr. 20, S. 1022.

211) DVBl. 1966, S. 760 = DÖV 1967, S. 203 = VerwRspr. 18, S. 649 = OVGE 18, 475; 22, 433; Bespr.v.Menger in VerwArch. 58 (1967), S. 381; NJW 1969, S. 2219.
Mit der E v. 24.6.1966, die den Zweck des Normenkontrollverfahrens darin sieht, "bestimmte Rechtssätze ... auf ihre Gültigkeit zu überprüfen und den von diesem Rechtssatz Betroffenen einen möglichst durchgreifenden und raschen Rechtsschutz zu geben", ist die in der E v. 23.6.1961 (OVGE 17, 343/344) vertretene Ansicht, daß § 47 VwGO reine Beanstandungsfunktion besitze, überholt.

212) Unter Änderung seiner bisherigen Rspr. (vgl. noch die E v. 19.2.1965, DÖV 1966, S. 578) stellt das Gericht in seiner E v. 11.11.1966 (DVBl. 1967, S. 389 = NJW 1967, S.266, Bespr.v. Menger VerwArch. 58 (1967), S.380) fest: "Es handelt sich keineswegs allein um ein Verfahren zum Schutz des objektiven Rechts (Beanstandungsverfahren), sondern auch um ein Rechtsschutzverfahren..". Vgl. auch neuerdings wieder NJW 1969, S. 1733; DVBl. 1969, S. 554; DVBl. 1971, S. 66.

213) Zustimmend im Schrifttum z.B.: Bachof, Zur Verfassungsbeschwerde, NJW 1968, S.1065 ff. (1067); Bartlsperger, S.362; Maurer, S. 289; Menger/Erichsen, VerwArch. 58 (1967), S. 381 m.w.N.; Obermayer, Gedächtnisschr., S. 888; ders., Verfassungsrechtliche Aspekte, DVBl.1965, S. 625 ff.; Schmitt-Glaeser/Tschira, BayVBl. 1970, S. 160 ff.; Spanner, BayVBl. 1962, S. 225 ff. (229); Redeker/von Oertzen, § 47 Rdnr. 10; Theuersbacher, JUS 1971, S. 95 ff. (98); Ule, VPR, S. 106.

fahren nicht schon dann auszuschließen, wenn irgendein Antragsberechtigter die verfassungsgerichtliche Nachprüfung der angegriffenen Norm herbeiführen kann, sondern nur dann, wenn der ASt. diese Möglichkeit selbst hat [214]. Besonders deutlich wird diese Rechtsschutzbetrachtung bei der Meinung, die die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde auch gegenüber dem verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren bestehen läßt, indem sie dieses als "Rechtsweg" i.S.v. § 90 Abs. II, S. 1 BVerfGG ansieht [215] [216].

Abschließend kann festgestellt werden: Das hier zur rechts-

---

214) Soweit ersichtlich, ist gegenwärtig das OVG Bremen das einzige mit der NK befaßte Gericht, das noch abseits steht, Beschl.v. 22.8.1960, DÖV 1961, S. 264 m.Anm. v. Bergmann, DVBl. 1960, S. 809; zuletzt sehr grundsätzlich in E v. 9.1.1970, NJW 1970, S. 877 = MDR 1970, S. 359 = JuS 1970, S. 360. In dieser Entscheidung beruft sich das Gericht vor allem auf BVerfGE 24, 33 u. 24, 367 (wo die Gesetzgebung nicht zur öfftl. Gewalt gerechnet wird), um dem Rechtsschutzargument der übrigen Gerichte zu begegnen. Lit. dieser Meinung: Klinger, § 47 Anm. 96, Bergmann, S. 56; Renck, DÖV 1964, S. 1 ff. und 651 ff.

215) BW VGH ESVGH 15, 117 (121) E v. 31.3.1965; BWVBl. 1967, S. 187, E v. 12.7.1967; OVG Lüneburg, DVBl. 1966, S.760 (763) E v. 24.6.1966.
Geiger, BVerfGG, § 90 Anm. 7; Leibholz-Rupprecht, BVerfGG, § 90 Rdnr. 79; Wintrich/Lechner, Grundrechte III 2, S. 683; mit eingehender Begründung: Bartlsperger, S. 362/372; ihm folgend Bachof, Zur Verfassungsbeschwerde, NJW 1968, S. 1065; Schmitt-Glaeser/Tschira, DVBl. 1970, S. 160 ff. (164).
Verneinend z.B.: Forsthoff, 8. Aufl., (1961) S. 514 (die 9. Aufl. 1966 enthält den einschlägigen Teil nicht mehr; Lechner, 1. Aufl. (1954) § 90 Abs. II Anm. 1a; weniger deutlich in der 2. Aufl. (1967) an der gleichen Stelle; Bettermann, AöR 86 (1961), S. 172; w.N. bei Schrödter, BundesbauGesetz, 1964, § 10 Rdnr. 2.

216) Bemerkenswert in diesem Zusammenhang ist übrigens mit welcher Selbstverständlichkeit das BVerfG von der Rechtsschutzfunktion des § 47 VwGO ausgeht, wenn es dieses Verfahren als Rechtsweg i.S.v. Art. 19 Abs. IV ansieht (BVerfGE 11, 232, vgl. Voranm. 206, S.123). Zur Auswirkung dieser verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgarantie vgl. unten: 2. Abschn., § 9, III.

dogmatischen Qualifikation der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle erarbeitete Ergebnis steht mit dem Standpunkt nahezu aller Oberverwaltungsgerichte (Verwaltungsgerichtshöfe) [217] und der herrschenden Meinung im Schrifttum [218] in Einklang, nach der diesem Verfahren neben seiner Beanstandungsfunktion auch eine Rechtsschutzfunktion zukommt.

bb) Diese Übereinstimmung besteht jedoch nur insoweit als das Normenkontrollverfahren auf Antrag einer natürlichen oder juristischen P e r s o n in Frage steht.
Bei Antragstellung durch eine B e h ö r d e - die in der Diskussion oft unberücksichtigt bleibt, aber gleichberech-

---

217) Vgl. die Nachweise in Voranm. 206 bis 211, 215 und 216.

218) So bejahen den schon in der amtl. Begr. zu § 47 (BT-Drucks. III/55, S. 33) vertretenen Rechtsschutzcharakter: Babel, S. 28 ff.; Bachof, Maßstabsrecht, DÖV 1964, S.11; ders., Zur Verfassungsbeschwerde, NJW 1968, S.1067; Bartelsperger, S. 362; Bergmann, S. 39; Blümel, S. 161; Elias, S. 78; Eyermann, DVBl. 1963, S. 401 ff. (402); Forsthoff, VwR I, 8. Aufl., S. 513 f.; ders. 9. Aufl., S. 125 Anm. 2 und S. 197 Anm. 2; Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 62/63 Anm. 190 a; Guthardt-Schulz, S. 45; Herzog, BayVBl. 1961, S. 371; Klein/Kupfer, S. 75; Klotz, S. 190; König, S. 84; von Kupsch, S. 32; Mang, BayVBl. 1961, S. 274; Maurer, S. 289; Menger, Grundrechte III 2., S. 740; Menger-Erichsen VerwArch. 58 (1967), S. 381; Frdr. Müller, BWVBl. 1968, S. 67; Obermayer, Grundzüge, S. 162 ff.; ders., Gedächtnisschr., S. 888; ders., Verfassungsrechtliche Aspekte, S. 628/629 Anm. 41; Quaritsch, S. 365 ff.; Schmitt-Glaeser/Tschira, BayVBl. 1970, S. 161 und 203 ff.; Spanner, BayVBl. 1962, S. 229; Wilken, Diss., S. 115; ders., DVBl. 1969, S. 534, 544; Wolff, VwR III, S. 339;
Der Rechtsschutzfunktion geben Vorrang: Bachof, Bartelsperger, Elias, Friesenhahn, Guthardt-Schulz, Obermayer;
Primäre Beanstandungsfunktion vertreten: Bergmann, Forsthoff, Klotz, Maurer, Menger, Müller, Schmitt-Glaeser/Tschira, alle a.a.O.
Skeptisch: Imboden, VVDStRL 18, S. 133; Rupp, Grundfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre 1965, S. 158 ff. Anm. 163. Ein reines Beanstandungsverfahren nehmen außer den in Voranm. 141 Genannten: Bettermann, zuletzt in "Die Beschwer als Klagevoraussetzung", Recht u. Staat, Heft 386/387 (1970), S. 34; Brohm, S. 76; Grunsky, S.8; Renck, DÖV 1964, S. 7 f. u. S. 657; BWVBl. 1964, S.152; JuS 1966, S. 265 ff.; wohl auch Schoen, S. 407 ff.

tigt neben der personellen Antragsbefugnis zu beachten ist - kann eine Rechtsschutzfunktion des Verfahrens nicht angenommen werden.

Solche unterschiedliche Qualifikation ein und desselben Verfahrens mag zwar verwundern, ist aber kraft der positivrechtlichen Ausgestaltung des § 47 S. 2 VwGO und der damit bezweckten unterschiedlichen Zielsetzung geboten. Die Trennung der Verfahrensfunktionen nach der jeweiligen Antragsberechtigung entspricht auch der tatsächlichen Motivation bei Antragstellung. Mit der Antragsberechtigung von Personen bezweckt das Gesetz eine möglichst breite Streuung der Antragsbefugnis, indem es das Rechtsschutzbedürfnis eines weiten, eventuell nachteilig betroffenen Personenkreises als Vehikel benutzt, um - ohne gleich eine Popularklage zuzulassen - die Richtigkeit der Rechtsordnung zu garantieren. Mit der Antragstellung von Behörden wird weniger das Rechtsschutzbedürfnis als die Sachkunde der zuständigen Stellen angesprochen.

Daran ändert auch nichts, daß - obwohl der Gesetzeswortlaut dies hier nicht eigens fordert - die h.M. auch bei behördlichen Anträgen ein "Rechtsschutzbedürfnis" verlangt [219]. Im Rahmen dieser Zulässigkeitsvoraussetzung wird nicht geprüft, ob eine Nachteilszufügung vorliegt, sondern nur verlangt, daß die Behörde dienstlich mit der Norm befaßt ist, ohne gleichzeitig die Befugnis zu besitzen, die Rechtsvorschrift aufzuheben oder aufheben zu lassen.

Diese Voraussetzungen machen deutlich, daß der Begriff des Rechtsschutzbedürfnisses hier nicht in seinem eigentlichen Sinn gebraucht wird und ein Rechtsschutzaspekt bestenfalls mittelbar eine Rolle spielen kann. Zwar bestehen zwischen dem Rechtsschutzbedürfnis im eigentlichen Sinn und dem von

---

219) Statt aller: Eyermann/Fröhler § 47 Rdnr. 26; a.A. Renck, BWVBl. 1964, S. 150.

Behörden verlangten Nachweis insoweit Parallelen, als beide eine Einschränkung der gerichtlichen Rechtsgewährung bezwekken [220]. - Der Nachweis des eigenen Betroffenseins verhindert eine Art behördlicher Popularklagebefugnis, doch sollte man in diesem Zusammenhang besser nicht von Rechtsschutzbedürfnis sprechen. Dadurch werden Vorstellungen von Rechtsschutzgewährung zum Schutz subjektiver Rechte hervorgerufen, die hier gerade nicht zutreffen. Die behördliche Antragsbefugnis ist vielmehr einem anderen Schutzobjekt zugeordnet. Sie soll der "ungestört in den Bahnen des Rechts erfolgenden Erfüllung der den Behörden zugewiesenen Aufgaben" dienen und so die rechtsstaatliche Funktionsfähigkeit und Rechtmäßigkeit behördlichen Handelns gewährleisten [221]. Dieser Beanstandungsfunktion der Normenkontrolle würde beispielsweise ein Ausdruck wie "Kontrollbedürfnis" zur Umschreibung der entsprechenden Zulässigkeitsvoraussetzung besser gerecht.

Jedenfalls ist klar, daß diese Voraussetzung nichts an dem reinen Beanstandungscharakter des Verfahrens auf Antrag einer Behörde ändert.
Eine unterschiedliche Terminologie bezüglich dieses Zulässigkeitserfordernisses würde nur verdeutlichen, daß der Doppelung der Antragsbefugnis in § 47 S. 2 VwGO eine deutlich auseinanderzuhaltende, unterschiedliche rechtsdogmatische Qualifizierung des Normenkontrollverfahrens entspricht.
Wird das Verfahren auf Antrag einer Behörde in Gang gebracht, so hat es reinen Beanstandungscharakter, nimmt es mit einem Individualantrag seinen Anfang, so hat dieses Verfahren ein doppeltes Gesicht: neben der Beanstandungsfunktion erfüllt es auch eine Rechtsschutzfunktion [222].

---

220) Spanner, Rechtsschutzbedürfnis, S. 426.

221) Friedrich Müller, BWVBl. 1968, S. 68.

222) Im Ergebnis ebenso: Elias, S. 82; Guthardt-Schulz, S.45; Frdr. Müller, S. 67; vgl. auch BW VGH ESVGH 17, 177 ff. (183).

4.) Ergebnis

Im Ergebnis ist somit festzuhalten, daß die Rechtsnatur des Normenkontrollverfahrens der Zulässigkeit e.AOen jedenfalls insoweit nicht entgegensteht, als das Verfahren auf Antrag einer natürlichen oder juristischen Person in Gang gesetzt worden ist. Insoweit entspricht die neben der Beanstandungsfunktion bestehende Rechtsschutzfunktion des Verfahrens dem Rechtsschutzzweck der e.AO-Befugnis nach § 123 VwGO. Sowohl die Normenkontrolle nach § 47 S. 2, 1. Alt. VwGO, als auch die vorläufige Regelungsbefugnis nach § 123 VwGO nehmen ihren Ausgang von einem in absehbarer Zeit zu erwartenden individuellen Nachteil des jeweiligen ASt., sodaß sich beide Institute nach ihrem Sinn und Zweck nicht gegenseitig ausschließen.
Die Normenkontrolle auf Antrag einer Behörde hingegen verschließt sich wegen ihrer reinen Beanstandungsfunktion der Möglichkeit e.AOen nach Maßgabe der Vorschrift des § 123 VwGO.

Inwieweit beide Verfahrensmodifikationen vorläufigen Regelungen nach Maßgabe anderer, nicht ausschließlich Individualrechtsschutz bezweckender Vorschriften, offen stehen, bleibt von den hier angestellten Überlegungen unberührt.

VII. Zusammenfassung

Sämtliche gegen die Zulässigkeit e.AOen im Normenkontrollverfahren vorgetragenen Bedenken haben sich als unzutreffend herausgestellt.

Weder verbietet der Wortlaut des § 123 VwGO eine Anwendung dieser Vorschrift im Verfahren nach § 47 VwGO, noch ist es zutreffend, daß die von § 47 VwGO geregelte Materie Landesrecht, also die bundesrechtlichen Vorschriften der VwGO ganz allgemein unanwendbar wären. Auch ergab sich aus der Unterschiedlichkeit der Streitgegenstände von Anordnungsverfahren

und Hauptsachverfahren die Unrichtigkeit der Behauptung, mit Erlaß einer e.AO im Normenkontrollverfahren müßte sich das Gericht stets den Rechtsstandpunkt des Antragstellers zu eigen machen. Mit der Präzisierung des Vorgreiflichkeitsverbotes auf das Verbot der irreparablen Vorwegnahme der Hauptsachentscheidung konnten die diesbezüglichen Bedenken gegen e.AOen im Normenkontrollverfahren zerstreut werden. Nach der Feststellung, daß auch die Allgemeinverbindlichkeit der zusprechenden Normenkontrollentscheidung vorläufigen Regelungen nicht entgegensteht, konnte auch die Rechtsnatur des Verfahrens nach § 47 VwGO als nicht hinderlich qualifiziert werden. Insoweit zwingt der Beanstandungszweck, beziehungsweise die Kombination von Beanstandungs- und Rechtsschutzzweck, lediglich zu einer differenzierenden Betrachtungsweise bezüglich der Ausformung des Anordnungsinstituts. Anordnungen nach § 123 VwGO sind bei dem Beanstandtungsverfahren der Normenkontrolle auf behördlichen Antrag jedenfalls nicht möglich. Gegen die Zulässigkeit e.AOen nach Maßgabe dieser Vorschrift im Normenkontrollverfahren auf Antrag einer Person konnte jedoch kein Argument durchgreifen.

Sind mithin die gegen die e.AO im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO vorgetragenen Gründe nicht zutreffend, so gilt es nun, sich mit der Gegenmeinung zu befassen und die verschiedenen Begründungen für die Zulässigkeit e.AOen in diesem Verfahren näher zu durchleuchten.

§ 9 Befürwortende Meinungen und ihre Kritik

I. Zulässigkeitsbegründung aus dem Schweigen des Gesetzes

Die Feststellung, daß sämtliche gegen die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren vorgebrachten Bedenken nicht verifizierbar sind, wollen Klein/Kupfer [223] zur Begründung der Zulässigkeit genügen lassen.

Obwohl die hier vorgenommene Untersuchung im Ergebnis mit der Prämisse dieser Argumentation übereinstimmt, muß ein derartiger Begründungsversuch abgelehnt werden. Von den so Deduzierenden wird vorausgesetzt, daß das Schweigen des VwGO-Gesetzgebers die Zulässigkeit e.AOen in dem Verfahren nach § 47 VwGO impliziere; das Gesetz besage nichts gegen die Zulässigkeit, infolgedessen sei diese gegeben, wenn keine überzeugenden Argumente dagegen sprächen.
Wer so vorgeht, setzt gerade das als gegeben voraus, was es erst zu demonstrieren gilt: Eben das Bedürfnis und die Kompetenz, welche den Gegenstand der ganzen Diskussion bilden. Ein überzeugendes Ergebnis kann auf diesem Weg jedenfalls nicht gefunden werden.

Der gleichen Kritik sieht sich diese Argumentationsweise auch dann ausgesetzt, wenn zu ihrer Bestätigung auf die Vorschrift des § 123 Abs. V VwGO hingewiesen wird.
Da der Gesetzgeber e.AOen nur für den Bereich der Anfechtungsklage ausdrücklich ausgeschlossen habe, könnten nur "gewichtige Gründe" die Anwendbarkeit dieses Institutes verhindern[224]. Solche Gründe seien nicht ersichtlich, folglich müsse die

---

223) DÖV 1970, S. 73 ff. (75 f.). Art. 19 Abs. IV GG wird neben dieser Argumentation lediglich als verfassungsrechtlich überhöhtes Gebot dieser an sich schon notwendigen Zulässigkeit betrachtet. Vgl. S. 75, Sp. 2 u. S. 76 Sp. 1, jeweils oben.

224) Vgl. Quaritsch, S. 367; Klotz, S. 188.

e.AO auch in dem verwaltungsgerichtlichen Verfahren der Normenkontrolle nach § 47 VwGO erlaubt sein.
Diese Argumentation geht großzügig über die Tatsache hinweg, daß dieses Verfahren wesentliche Besonderheiten gegenüber den übrigen Klagearten der VwGO aufweist, die eine vorläufige Regelung zwar nicht unbedingt ausschließen, aber doch Grund genug sind, die allgemeinen Vorschriften der VwGO nicht unbesehen anzuwenden. Vor allen Dingen unterstellt auch diese Meinung dem VwGO-Gesetzgeber fälschlicherweise eine stillschweigende Regelung der Frage vorläufiger Regelungsbefugnis im Normenkontrollverfahren. Darüber sagt die Vorschrift des § 123 Abs. V jedenfalls nichts aus. Wie bereits ausgeführt wurde [225], stellt diese Regelung nur die vorgegebene Rechtslage klar, nach der e.AOen insoweit unterbleiben müssen, als Rechtsschutz durch die gesetzlich oder richterlich angeordnete aufschiebende Wirkung der Klagen geboten ist, der neu in die VwGO aufgenommene § 123 also dort keinen Platz hat, wo die lex spezialis des Suspensiveffektes [226] eingreift. Darüber hinaus hat § 123 Abs. V keine Aussagekraft. Als bloße (vom Bundesrat nachträglich und an sich überflüssigerweise eingefügte) Klarstellung, beinhaltet er keinerlei selbständige Zulässigkeitsregelung.

Es bleibt also dabei: Aus dem Schweigen des Gesetzes kann weder die Zulässigkeit, noch die Unzulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren abgeleitet werden. Mit der Entkräftung der gegen die Zulässigkeit vorgetragenen Bedenken allein ist noch nichts gewonnen.
Die somit notwendigen p o s i t i v e n Begründungsversuche sollen im folgenden Gegenstand der weiteren Untersuchung sein.

---

225) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, III. bei Anm. 67 ff.
226) Quaritsch, S. 221; Wieseler, S. 173 und S. 179.

II. Analogie zur verfassungsgerichtlichen einstweiligen Anordnung

In dem Bestreben eine stichhaltige Begründung für die Zulässigkeit e.AOen im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle zu liefern, wird auch auf andere Rechtsdisziplinen verwiesen. Eine Methode, auf die im Verlaufe der Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit vorläufiger Regelungen in den verschiedenen Verfahren immer wieder zurückgegriffen worden ist.

Schon im Streit um die verfassungsgerichtliche e.V der früheren Reichsstaatsgerichtsbarkeit wurde mit Analogien zur Zivilgerichtsbarkeit [227], Verwaltungsgerichtsbarkeit [228] und internationalen Gerichtsbarkeit [229] gearbeitet.

Kaum war die richterliche Interimskompetenz in der Staatsgerichtsbarkeit der Bundesrepublik gesetzlich anerkannt, wurde auch diese - neben dem zivilprozessualen Arrest- und Verfügungsverfahren - zur Begründung der Anordnungsbefugnis der Verwaltungsgerichte entsprechend herangezogen [230].

Vor diesem Hintergrund nimmt es nicht weiter Wunder, wenn die Möglichkeit einer rechtsanalogen Anwendung der verfassungsrechtlichen Regelungsbefugnis auch im Rahmen der Auseinandersetzung um die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren erprobt wird [231].

---

227) Vgl. dazu: Schüle, S. 14 ff.

228) Schüle, S. 17 f.

229) Schüle, S. 20 ff.

230) Vgl. Rohmeyer, S. 57 f., FN 158 und FN 161 m.N.

231) Grundmann, Zur Vorgreiflichkeit, DÖV 1960, S. 680 ff. (685); Schmitt-Glaeser/Tschira, BayVBl. 1970, S. 160 ff. und 203 ff. (207); vgl. auch Redeker/von Oertzen, 4.Aufl., 1971, § 47 Rdnr. 15a, die unter Aufgabe ihrer alten, die Zulässigkeit ablehnenden Auffassung die verfassungsgerichtliche Regelung heranziehen.
Von den für die NK nach § 47 zuständigen Gerichten ist der II. Sen. des BWVGH, Beschl.v. 30.6.1961, ESVGH 11, 22 ff. = BWVBl. 1961, S. 138 ff. (m.Anm.v. Klickermann)
(Fortsetzung)

1.) Darlegung der Meinungen

Der II. Senat des BW VGH sieht in seiner (für die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren übrigens bahnbrechenden) Entscheidung vom 30. Juni 1961 [232] in § 25 des Gesetzes über den Staatsgerichtshof von Baden-Württemberg [233] die gesetzliche Grundlage für den Erlaß e.AOen auch im Verfahren gemäß § 47 VwGO.
In dieser Vorschrift sei die gleiche Interessenlage geregelt, um die es auch im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gehe.
Nach Auffassung des Gerichts entscheiden sowohl der VGH, als auch der StGH in Normenkontrollverfahren, denen ein "Widerstreit des öffentlichen Interesses am Vollzug einer erlassenen Norm, des öffentlichen Interesses an der Verhinderung von Nachteilen durch den Vollzug einer ungültigen Norm und des privaten Interesses an der Verhinderung derartiger Nachteile zugrunde" liege [234].
Die Richtigkeit seiner Auffassung sieht das Gericht insbesondere auch durch die verfassungsgerichtsgesetzliche Regelung des § 32 bestätigt.

Fortsetzung:
diesen Weg gegangen. Vgl. auch die Beschl.d.I.Sen.v. 14.3.1963, ESVGH 13, 81; v. 22.10.1965, ESVGH 16, 31; v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102.

232) ESVGH 11, 22 ff. = BWVBl. 1961, S. 138 ff. mit teilweise zustimmender Anm.v. Klickermann.

233) Staatsgerichtshofgesetz v. 13.12.1954 (GBl. S.171) i.d. F.v. 28.3.1955 (GBl. S. 66); das Gericht wendet konsequenterweise die landesrechtliche Verfassungsbestimmung an, da es das vwgrtl. NKV für ein landesrechtl. Verfahren hält (vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, II.
Der I. Sen. des Gerichts zieht - den II. Sen. zitierend - dieselbe Überlegung an, um aber dann § 123 VwGO analog anzuwenden (vgl. die Beschl. in ESVGH 13, 81; 16, 31; 16, 102).

234) BWVGH, a.a.O. (Voranm. 232).

Diese Vorschrift will vor allem Grundmann [235] analog anwenden, wenn er betont, daß nicht einzusehen sei, weshalb die e.AO für die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle nicht statthaft sein soll, wenn sie im verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren vor dem BVerfG ausdrücklich zulässig ist. Liegt doch - nach der Überzeugung Grundmanns - "der einzige Unterschied in dem gegenüber der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle niederen Rang des verwaltungsgerichtlichen Spruches und der Normen, auf die sich dieser Spruch bezieht".

2.) Stellungnahme und Kritik

In der Tat würde das "Postulat der Gerechtigkeit, ... Gleichsinniges (d.h. gleich Bedeutendes) rechtlich gleich zu behandeln" [236], die Zulässigkeit e.AOen auch im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren erzwingen, wenn die Interessenlage in beiden Verfahren gleich wäre, und - wie Grundmann meint - ein Unterschied nur in der Rangordnung der zu kontrollierenden Normen bestünde, in beiden Verfahren letztlich materielle Verfassungsgerichtsbarkeit geübt werden würde.

An diesen Voraussetzungen fehlt es jedoch.
Gerade die These, jede Normenkontrolle sei wesensmäßig Verfassungsgerichtsbarkeit [237], verdunkelt das wahre Verhältnis von verfassungsgerichtlicher und verwaltungsgerichtlicher Normenkontrolle.

---

235) Zur Vorgreiflichkeit, a.a.O.; ähnlich Schmitt-Glaeser/Tschira, Redeker/von Oertzen a.a.O.; (alle Voranm. 231).

236) Larenz, Methodenlehre, S. 359.

237) Bergmann, S. 39 ff.; Koehler, § 47 Anm. II 1.); Kratzer, DÖV 1954, S. 44; Menger, Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd., S. 736; ders., System, S. 44 und 89 ff.; H.Müller, DÖV 1965, S. 759; Renck, DÖV 1964, S. 652; Ule, AöR Bd. 82, (1957), S. 127.

Zwar kann mit Spanner [238] durchaus davon ausgegangen werden, daß Gesetzes- und Verordnungsprüfung die zentrale Aufgabe der Verfassungsgerichtsbarkeit darstellt, doch muß diese Erkenntnis nicht die Schlußfolgerung nach sich ziehen, daß jede derartige Prüfungstätigkeit Verfassungsgerichtsbarkeit verwirkliche.
Die richtige Betrachtungsweise formuliert Bettermann [239]: "Normenkontrolle kann, aber muß nicht, materielle Verfassungsgerichtsbarkeit sein; sie ist es nur dann, wenn sie die Verfassungsmäßigkeit einer Norm zum Gegenstand hat ..." [240]. Gerade Verfassungsrecht kann aber nach der ganz h.M. nicht Maßstab im Rahmen des Verfahrens gemäß § 47 VwGO sein. Vielmehr geht es ganz überwiegend darum, die angegriffene unterlandesgesetzliche Norm auf ihre Vereinbarkeit mit dem einfachen Gesetz, insbesondere mit der sie tragenden Ermächtigungsnorm, zu überprüfen.

Überhaupt ist bei der analogen Anwendung von Vorschriften, die für das BVerfG geschaffen worden sind, höchste Vorsicht geboten. Die primäre Aufgabe des BVerfG ist es, die Verfassung aufrecht zu erhalten. Aus dieser Aufgabenstellung des Gerichts als "Hüter der Verfassung", die insbesondere bei der Normenkontrolle in jeder Gestalt ganz im Vordergrund steht [241], ergeben sich nicht selten bedeutsame Wirkungen auf das politische Geschehen. Eine Tatsache, die vom Gesetzgeber durchaus erkannt und der auch Rechnung getragen worden ist. (Man denke nur an das Wahlverfahren zur Bestellung der

---

238) Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen, S.49.

239) AöR Bd. 86 (1961), S. 129 ff. (157).

240) Ebenso z.B.: Bartlsperger, DVBl. 1967, S. 371; Mang, BayVBl. 1961, S. 292; Maurer, S. 292; Obermayer, Verfassungsrechtliche Aspekte, DVBl. 1965, S. 628; BayVGH DVBl. 1963, S. 110; vgl. auch Herzog, BayVBl. 1961, S. 372; a.A.: Friesenhahn, Verfassungsgerichtsbarkeit S. 22.

241) Leibholz-Rinck, GG, Art. 93, Anm. 3.

Verfassungsrichter und an den Kreis der zur abstrakten Normenkontrolle Berechtigten, der ausnahmslos aus in politischer Verantwortung stehenden Antragstellern besteht) [242].
Nicht nur die jeweiligen Antragsteller, sondern alle politischen Organe richten ihr Verhalten an den Entscheidungen des Verfassungsgerichts aus. Damit hat das BVerfG gerade auch durch die zentralisierte Normenkontrolle einen nicht zu unterschätzenden "Anteil an der Staatsleitung". [243] Auswirkungen solcher Art greifen weit über die Institutionsgrenzen eines Gerichts hinaus und manifestieren das BVerfG als eine "Institution sui generis". [244]

In Theorie und Praxis wird heute nicht mehr ernsthaft bestritten, daß das BVerfG nicht als Gericht im überkommenen Sinn einzuordnen ist, sondern, daß der aktiven Teilnahme am politischen Integrationsprozeß nur mit der Qualifizierung als repräsentatives oberstes Verfassungsorgan [245] Rechnung getragen werden kann [246]. Diese Auffassung wird auch in § 1

---

242) Spanner, Grundsätzliche Fragen des Verordnungsrechts, BayVBl. 1962, S. 225 ff. (229), spricht diesen politischen Bezug bei der Auswahl der ASt. im NKV nach Art. 93 Abs. I Ziff. 2 GG an und hebt insoweit den Unterschied zum Verfahren gem. § 47 VwGO hervor.

243) Maunz, Staatsrecht, S. 274.

244) Forsthoff, in Festschr.f. Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, Berlin 1959, S. 57 ff.

245) Zur Definition des Begriffs: Leibholz, PVZ Bd. 3 (1962) S. 13 ff. (19); ders., Der Status des Bundesverfassungsgerichts, in "Das Bundesverfassungsgericht 1951 - 1971" S. 31 ff. (42 ff./45), wo er in Anschluß an Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, S. 544, folgendermaßen definiert: "Verfassungsorgane sind jene mit besonderer Autorität begabten Organe, deren Entstehen, Bestehen und verfassungsmäßige Tätigkeit erst recht eigentlich den Staat konstituieren und seine Einheit sichern".

246) Vgl. das in JöR n.F Bd. 6 (1957), S. 110 ff. veröffentlichte Material; insbesondere die Statusdenkschrift des BVerfG, S. 144 ff., den ihr zugrunde liegenden Bericht, S. 120 ff., die ergänzenden Bemerkungen zu der Statusdenkschrift, S. 194 ff. mit den dort angeführten Nachweisen; Forsthoff, a.a.O. (Voranm.); Leibholz, a.a.O. (Fortsetzung)

BVerfGG bestätigt, wo die Organqualität des BVerfG deutlich demonstriert wird, indem dort das Verfassungsgericht allen übrigen Verfassungsorganen gegenüber für selbständig und unabhängig erklärt und so die Verfassungsorganqualität vorausgesetzt wird [247].

Lassen mithin die Organeigenschaft und die Stellung des BVerfG als "Hüter der Verfassung" jedem Vergleich zur sonstigen Gerichtsbarkeit der Bundesrepublik von vornherein nur "bedingten Wert" [248] zukommen, so gilt dies auch insbesondere für eine analoge Anwendung des § 32 BVerfGG. Nach dieser Vorschrift kann das BVerfG "im Streitfall einen Zustand durch e.AO vorläufig regeln, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist". Mit dieser Ermächtigung ist dem Verfassungsgericht ein spezielles verfahrensmäßiges Mittel in die Hand gegeben, um den Vorrang der Verfassung auch dann zu wahren, wenn die (insbesondere auch politisch bedingten) Umstände des Einzelfalles die Endentscheidung ins Leere gehen lassen würden. Vereinzelt ist die Befugnis nach § 32 BVerfGG sogar als ein typisches "Instrument der Verfassungsgarantie" [249] eingestuft worden, dem eine "völlig andere Bedeutung zukommt als der Befugnis anderer Gerichte zum Erlaß prozessualer Provisorien" [250].

Fortsetzung:
(Voranm.); Wintrich/Lechner, Die Grundrechte, Bd. III, S. 690; Tüttenberg, S. 16; Gebhardt, S. 29 m.w.N.; Stern, Klaus, DVBl. 1963, S. 696 ff. (698): "Ein Verfassungsgericht ist kein Gericht herkömmlicher Provenienz, sondern zugleich ein oberstes Verfassungsorgan, dessen Kompetenzen stets in die Bildung des Staatswillens und in die politische Sphäre hineinragen ..."

247) Leibholz, a.a.O. (Voranm. 245).

248) Quaritsch, S. 214.

249) Fuß, DÖV 1959, S. 201 ff. Die e.AO im verfassungsgerichtlichen Verfahren, S. 201 f.

250) Fuß a.a.O. (Voranm.); ihm folgend: Maunz/Sigloch/Schmidt-Bleibtreu/Klein,BVerfGG, § 32 Rdnr. 6; Tüttenberg, S.17.

Mag dies auch etwas zu weitgehend erscheinen - letztlich geht es auch im verfassungsgerichtlichen Bereich um die allgemeinen Anordnungsfunktionen der Friedens- und Entscheidungssicherung, selbst der Rechtsschutzaspekt ist nicht ganz ohne Bedeutung -, einer entsprechenden Anwendung des § 32 BVerfGG sind dadurch jedenfalls enge Grenzen gesetzt.
Unter Zugrundelegung dieser Erkenntnisse kommt folgender Überlegung für die Ablehnung der analogen Anwendung des verfassungsgerichtlichen Anordnungstatbestandes ausschlaggebende Bedeutung zu: Die Verfahren vor dem BVerfG [251] dienen alle, der Funktion des Gerichts als "Hüter der Verfassung" entsprechend, in erster Linie der Aufrechterhaltung der verfassungsmäßigen Ordnung und nicht dem subjektiven Rechtsschutz. Insbesondere die Normenkontrollverfahren dienen lediglich der Prüfung von Rechtsnormen am Maßstab des GG. Das gilt selbst für die Normenkontrolle in Gestalt der Verfassungsbeschwerde. Auch hier liegt das Schwergewicht der Tätigkeit des BVerfG in einer umfassenden Schutz- und Garantiefunktion für das gesamte objektive Verfassungsrecht, weil die Grundrechte nicht nur subjektive Rechte darstellen, sondern zugleich höchste objektive Wertmaßstäbe verkörpern [252].

Auf diese Funktion des BVerfG als Hüter der Verfassung, der objektiven Rechtsordnung, sind die Voraussetzungen für den Erlaß einer e.AO im Verfassungsrechtsstreit zutreffend abgestellt. Das Institut der e.AO in Gestalt des § 32 BVerfGG darf deshalb nicht isoliert betrachtet, sondern muß eingebettet in den Aufgabenbereich und in die Ordnungsfunktion des BVerfG gesehen werden.

---

251) Entsprechendes gilt für die Verfahren vor den Landesverfassungsgerichten.

252) BVerfGE 7, 198 (205); zur Beanstandungsfunktion der Verfassungsbeschwerde vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, VI., 3. b) cc), Anm. 202.

Damit wird auch der entscheidende Unterschied der verfassungsgerichtlichen Verfahren zum verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren deutlich. Während die ersteren objektive Beanstandungsverfahren darstellen, dient das letztere neben der objektiven Rechtskontrolle - zumindest, wenn es durch personellen Antrag in Gang gesetzt worden ist - auch dem subjektiven Rechtsschutz. Diesem Doppelzweck des § 47 VwGO kann die Regelung im BVerfGG nicht gerecht werden, sodaß sich eine pauschale analoge Anwendung des § 32 BVerfGG, wie sie von den hier besprochenen Autoren vertreten wird, verbietet [253]. Auch hier muß nach den verschiedenen Normzwecken der beiden Alternativen des § 47 S. 2 VwGO differenziert werden.
Während eine analoge Anwendung des § 32 BVerfGG in Bezug auf die 1. Alternative des § 47 S. 2 (Normenkontrolle auf Individualantrag) aus den eben genannten Gründen ausscheiden muß, wäre diese in Bezug auf die 2. Alternative der Vorschrift (Normenkontrolle auf behördlichen Antrag) denkbar. Diese Frage wird im folgenden noch genau zu untersuchen sein. [254]

An dieser Stelle genügt es zusammenfassend festzustellen, daß die analoge Anwendung des verfassungsgerichtlichen Anordnungstatbestandes auf die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle, wie sie bisher in Rechtsprechung und Rechtswissenschaft vertreten worden ist, nicht zu rechtfertigen ist.

---

253) Ebenso Klein/Kupfer, S. 76.

254) Vgl. unten: 4. Abschn., § 15, II.

III. Einstweilige Anordnungen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren als verfassungsmäßig verbürgte Rechtsschutzmittel? - (Begründung aus Art.19 Abs.IV GG)

1.) Das Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO, eine Konkretisierung der Rechtsschutzgarantie des Art.19 Abs.IV GG?

In seiner grundlegenden Untersuchung der einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß spricht sich Quaritsch [255] für die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren aus, weil beide Institutionen des Verwaltungsprozesses - sowohl das Institut der e.AO als auch das der Normenkontrolle - dem Bürger drohende Nachteile abwenden sollen. Mit dem in § 47 S. 2 VwGO enthaltenen Erfordernis des "in absehbarer Zeit zu erwartenden Nachteils" sei die individuelle Rechtsschutzfunktion des Normenkontrollverfahrens klargestellt, sodaß "das Instrument der e.AO, das auch geschaffen wurde, um drohende Nachteile abzuwenden, nicht ungenutzt bleiben" sollte.

Auch der Bayerische Verwaltungsgerichtshof [256] beruft sich im wesentlichen auf diese aus § 47 S.2 VwGO abgeleitete Rechtsschutzfunktion, wenn er die grundsätzliche Zulässigkeit e.AOen in diesem Verfahren damit begründet, daß es "zur Verwirklichung dieses Rechtsschutzes ... in Ausnahmefällen notwendig und statthaft sein (mag), durch e.AO Regelungen zu treffen".
Diese Argumentation gewinnt vor allem aber dadurch an Gewicht, daß ihre Vertreter sich auf das verfassungsrechtliche Gebot eines e f f e k t i v e n Rechtsschutzes gemäß Art. 19 Abs. IV GG beziehen und die e.AO deshalb nicht nur für zulässig, sondern sogar für zwingend geboten halten [257].

---

255) S. 366.

256) Vgl.d.Beschl.v. 27.5.1969, BayVBl. 1969, S. 288 = VerwArch. 20, S. 1022.

257) So ausdrücklich: Klein/Kupfer, S. 76.

Die Qualifizierung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens (zumindest auch) als Rechtsschutzverfahren bildet somit den entscheidenden dogmatischen Ansatzpunkt zu einer verfassungsrechtlich untermauerten [258] Rechtfertigung e.AOen in diesem Verfahren.

Als Initiator dieser Konzeption hat sich Klaus Obermayer [259] um das Verständnis vorläufiger Maßnahmen in diesem Sinne verdient gemacht. Aufgrund verfassungsrechtlicher Betrachtungsweise kommt Obermayer unter Aufgabe seiner früheren gegenteiligen Auffassung [260] über eine "verfassungskonforme Interpretation des § 123 VwGO" zur Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren. Zwar gelte das verfassungsrechtliche Gebot des vorläufigen Rechtsschutzes eigentlich nur in solchen Normenkontrollverfahren, die unmittelbar wirkende Normen zum Gegenstand haben, doch will Obermayer "im Interesse einer einheitlichen Gesetzesinterpretation" diese Regelung auf alle Normenkontrollverfahren, also auch auf solche, die nur mittelbar wirkende Normen zum Gegenstand haben, ausdehnen.
Ausgangspunkt und Voraussetzung dieser Konstruktion ist die Erkenntnis, daß "unter Geltung des Art. 19 Abs. IV, I, II,

---

258) Auch Spanner, Grundsätzliche Fragen des Verordnungsrechts, BayVBl. 1962, S. 229, fordert ein Überdenken der mit § 47 VwGO zusammenhängenden Probleme in verfassungsrechtlichen Zusammenhängen.

259) Im wesentlichen wurde diese Konzeption in den "Bemerkungen zur einstweiligen Anordnung im Verwaltungsprozeß", Gedächtnisschr.f. Hans Peters, S. 875 ff. (889) und "Verfassungsrechtliche Aspekte der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle", DVBl. 1965, S. 625 ff. entwickelt. Zusammenfassend nochmals in Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 3.Aufl., S. 290 ff. (292). An diesem Verständnis des § 47 VwGO hielt Obermayer auch auf der 38. Staatswissenschaftlichen Fortbildungstagung v. 7.-9.4.1970 fest. Vgl. dazu Hacker, Zehn Jahre Verwaltungsgerichtsordnung, BayVBl. 1970, S. 241 ff. (243).

260) Mang/Maunz/Mayer/Obermayer, Staats- und Verwaltungsrecht in Bayern, 2.Aufl., München 1960, S. 278.

III und 20 GG der Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Normen, die zur Entfaltung ihrer Rechtserheblichkeit keines Vollzugsaktes bedürfen, von Verfassungs wegen ... zwingend" geboten ist [261]. Das Verfahren nach § 47 VwGO sei das hierzu geeignete Rechtsschutzverfahren. Es konkretisiere die Garantie des Art. 19 Abs. IV GG für den Bereich der unterlandesgesetzlichen Normen, sodaß auch in den Ländern, in denen von der Ermächtigung des § 47 VwGO kein Gebrauch gemacht worden ist, der Rechtsschutz durch ein Normenkontrollverfahren nach dem "Modell" des § 47 VwGO zur Verfügung stehen müsse [262].

Von dieser Grundlage her argumentiert Obermayer in Bezug auf die Möglichkeit e.AOen im Normenkontrollverfahren weiter: "Dieser verfassungsrechtlich garantierte Normenschutz muß die gleiche Effektivität besitzen wie die gegen Verwaltungs-

---

261) Obermayer, Gedächtnisschr., S. 888.

262) Obermayer, Verfassungsrechtliche Aspekte, DVBl. 1965, S. 632: "Für einen Angriff gegen unmittelbar wirkende Verwaltungsrechtsnormen im Range unter dem Gesetz muß dem einzelnen im Interesse der Rechtsklarheit und der Rechtssicherheit ebenso ein bestimmtes Verfahren zur Verfügung stehen, wie für die Rechtskontrolle von Verwaltungsakten ... Ein solches kann nur das Normenkontrollverfahren sein, das die VwGO in ihrem § 47 als gesetzliches Modell für die Nachprüfung der genannten Normen zur Verfügung stellt. Die Allgemeinverbindlichkeit einer Gerichtsentscheidung, die die angegriffene Norm für ungültig erklärt, ist zwar aus Gründen des Individualrechtsschutzes nicht geboten. Sie ist aber in einem vom Gleichheitssatz beherrschten Rechtsstaat durchaus sinnvoll und kann nicht dazu dienen, das Institut der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO als ein für den Angriff gegen eine unmittelbar wirkende Norm ungeeignetes Verfahren zu beurteilen. Art. 19 Abs. IV GG ist damit als eine Grundnorm des Verfahrensrechts zu werten, die hinsichtlich der Justitiabilität verwaltungsrechtlicher Hoheitsakte nicht nur den Verwaltungsrechtsweg als den sachnächsten Rechtsweg eröffnet, sondern auch innerhalb des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzsystems das angemessene prozessuale Mittel der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gewährleistet. In den Ländern, die von der Ermächtigung des § 47 VwGO keinen Gebrauch gemacht haben, ist für die Überprüfung verwaltungsrechtlicher Vorschriften im (Fortsetzung)

akte gerichtete Anfechtungsklage, soll nicht die verfassungsrechtliche Generalklausel des 19 IV GG von einer Aushöhlung bedroht sein" [263]. Eine verfassungsrechtliche Interpretation des § 123 VwGO biete die Grundlage diese Effektivität auch gegenüber Normen, insbesondere Normen im Range unter Landesgesetz, zu gewährleisten.

2.) Bedenken gegen diese Auffassung

Diese Auffassung, die das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren gemäß § 47 VwGO mit aller Konsequenz als Konkretisierung des Art. 19 Abs. IV GG interpretiert, würde das Verfahren zur Überprüfung der Gültigkeit von Normen zu einer Klageform, wie jede andere innerhalb der Verwaltungsgerichtsbarkeit, machen.

Gegen eine derartige Betrachtungsweise erheben sich schon in deren grundlegenden Voraussetzungen erhebliche Bedenken.

a) Art. 19 Abs. IV GG und der Rechtsschutz gegen Rechtsnormen

Die Obermayers Ansicht zugrunde liegende These, Art. 19 Abs. IV GG gewährleiste Rechtsschutz gegen unmittelbar wirkende Normen, ist heftigst umstritten. Das BVerfG hat sie vor nicht allzu langer Zeit nach eingehender Untersuchung abgelehnt [264].
Nach Auffassung des höchsten Gerichts gehört die Gesetzgebung nicht zur "öffentlichen Gewalt" i.S.v. Art. 19 Abs. IV. Die deutsche Rechts- und Verfassungstradition kenne keine Klage unmittelbar gegen ein Gesetz, sodaß nur aufgrund aus-

---

Fortsetzung:
Range unter dem Landesgesetz das Oberverwaltungsgericht zuständig".

263) Obermayer, Gedächtnisschr., S. 888.

264) BVerfGE 24, 33 (U d. II.Sen.v. 25.6.1968, DVBl. 1968, S. 637 ff.).

drücklicher Regelung im Grundgesetz ein Bruch mit dieser Tradition angenommen werden könnte. Art. 19 GG enthielte keine solche eindeutige Regelung. Das Grundgesetz habe im Gegenteil die Normenkontrolle in den Art. 93 Abs. I Ziff. 2 und Art. 100 Abs. I GG abschließend geregelt, "und zwar ungeachtet dessen, daß die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. IV GG speziell dem Schutz der Rechte des einzelnen zu dienen bestimmt ist".

Nach dieser Auffassung des BVerfG gehören Normen somit auch weiterhin zu den Hoheitsakten, gegen die dem Bürger ein unmittelbarer Rechtsweg nicht eröffnet ist. Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, insbesondere auch vorläufiger Rechtsschutz auf diesem Gebiet wäre nach dieser Auffassung von Art. 19 Abs. IV GG überhaupt nicht erfaßt.
Ohne nun auf das Verhältnis des Art. 19 Abs. IV GG zu der Frage des Rechtsschutzes gegen Rechtsnormen näher eingehen zu wollen, was den Rahmen dieses Themas sprengen müßte [265], sei [266] lediglich betont, daß die heftige Kritik [267], die

---

265) Die Ansicht des BVerfG teilen: Friedrich Klein, in Mangoldt/Klein, GG, Art. 19 Abs. IV Anm. VII 2.d); Franz Klein, in Schmidt-Bleibtreu/Klein, GG, Art. 19 Abs. IV Rdnr. 26; Maunz, Deutsches Staatsrecht, § 17 III 1.; Grewe, DReZ 1949, S. 392 f.; vgl. im übrigen die bei Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. IV Rdnr. 18 angeführte Lit.u.Rspr.

266) Entgegen der Ansicht des BVerfG rechnen folgende Autoren die Gesetzgebung zur öffentlichen Gewalt i.S.v.Art. 19 Abs. IV GG: Bachof, VVDStRL 18, S. 209 und AöR 86, S. 186 (187), anders noch JZ 1951, S. 375; Bettermann, Der Schutz der Grundrechte in der ordentlichen Gerichtsbarkeit, in: Die Grundrechte, Bd. III, 2. Halbbd., 1959, S. 779 ff. (789); ders., AöR, 86, S. 129 ff. (153); Dürig, in Maunz/Dürig, GG Art. 19 Abs. IV Rdnr. 18; Forsthoff, DVBl. 1957, 113 (117); Hamann, GG, 2. Aufl., 1961, Art. 19 Anm. B 11; v.d.Heyde, VVDStRL 8, 162; Holtkotten, in Bonner Kommentar, Art. 93, Anm. II c. a); Obermayer, VVDStRL 18, S. 144 und DVBl. 1965, S. 625 ff. (626 ff.), anders noch in Verwaltungsakt und innerdienstlicher Rechtsakt, 1956, S. 37; Renck, JuS 1966, S. 273 ff. (274); Ule, Das Bonner Grundgesetz und die Verwaltungs-
(Fortsetzung)

das Urteil des BVerfG herausgefordert hat, nicht unberechtigt erscheint. Das Gericht muß sich zumindest den Vorwurf gefallen lassen, sich mit den gewichtigen Stimmen der Wissenschaft, die Art. 19 Abs. IV GG auch als Rechtsschutzgarantie gegen legislatives Unrecht verstehen, nicht auseinandergesetzt zu haben.
Wie immer dem auch sein mag, in dem hier interessierenden Zusammenhang ist lediglich auf die durch das Urteil des BVerfG zumindest sehr unsicher gewordene Grundlage hinzuweisen, auf der Obermayers Konzept ruht.

Aber selbst wenn man mit der wohl richtigen Ansicht davon ausgehen will, daß Wortlaut und Zweck des Art. 19 Abs. IV GG für einen unmittelbaren Rechtsschutz gegen Rechtsvorschriften sprechen und wenn man die rein praktischen Bedenken gegen die Durchsetzbarkeit dieser Rechtsauffassung entgegen dem verfassungsgerichtlichen Spruch hintanstellt, bleiben ernsthaft Bedenken gegen die Meinung Obermayers anzumelden.

b) Größtmöglicher Individualrechtsschutz nur bei Rechtsschutzverfahren

Die Aussagekraft des verfassungsrechtlichen Rechtsschutzgebotes ist ohne Zweifel auf den Bereich des Rechtsschutzes beschränkt.
Ziel einer Normenkontrolle kann aber sowohl der Schutz subjektiver Rechte gegen (unmittelbare) Eingriffe der gesetzge-

---

Fortsetzung:
gerichtsbarkeit, 1950, S.33; Wernicke, in Bonner Kommentar, Art. 19 Anm. II 4 e), S. 14;u.die in Anm.267 Genannten; vgl. auch die Rspr. des BWVGH, z.B. AöR 86, 95 (99); DVBl. 1967, S. 385 (386);
neuerdings beachtlich OVG Berlin v.9.5.1970, JR 1970, S.394 ff.

267) Wilken, Rechtsschutz gegen Normen..., DVBl. 1969, S.532 ff. (532/533); vgl. auch Lorenz, Urteilsanm. zu BVerfG-U v. 25.6.1968, in DVBl. 1969, S. 144 ff. (145/146); Henke, JZ 1969, S. 145 ff. (146/147); vgl. auch die eingehende Argumentation v. Bartlsperger DVBl. 1967, S. 360 ff. (370 ff.).

benden Gewalt in eine geschützte Rechtssphäre, als auch die Beseitigung objektiv vorhandener Zweifelsfragen über die Geltung einer Norm sein. (Als Beispiel für erstere kann die Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, für letztere das Normenkontrollverfahren gemäß Art. 93 Abs. I Ziff. 2 GG genannt werden.)

Soweit die Normenkontrolle zum Schutz subjektiver Rechte des Bürgers erfolgt, ist die "verfassungsrechtliche Grundentscheidung" [268] des Art. 19 Abs. IV GG der richtungweisende Maßstab. In diesem Fall ist lückenloser, umfassender Rechtsschutz i.S. einer extensiven Auslegung der Rechtsschutzgarantie zur "wirkungsvollen Abschirmung der Individualsphäre" geboten [269]. Dazu gehört auch - nach zwar umstrittener, aber richtiger Auffassung - die vorläufige Sicherung strittiger Rechtspositionen durch e.AOen zur Gewährleistung eines letztlich effektiven Rechtsschutzes [270].

Soweit die Normenkontrolle der objektiven Rangordnung des Normgefüges zu dienen bestimmt ist, bedarf es jedoch der Ausrichtung an dem Verfassungsgebot des Art. 19 Abs. IV GG nicht. Der von dieser Vorschrift erfaßte Bereich und der Bereich objektiver Rechtskontrolle haben keine Berührungspunkte; sie befinden sich - wie Bettermann richtig betont hat - "auf verschiedenen Ebenen" [271].

Unterliegt die Anwendbarkeit des Art. 19 Abs. IV GG keinem Zweifel, soweit "reine" Rechtsschutzverfahren, bzw. Beanstandungsverfahren in Frage stehen, so bleibt noch zu klären, ob

---

268) Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. IV, Rdnr. 1 im Anschluß an H.J.Wolff, Gedächtnisschr.f.Walter Jellinek, S.47 ff.

269) Maunz/Dürig, GG, Art. 19 Abs. IV, Rdnr. 9 ff. (12).

270) Maunz/Dürig, a.a.O. (Voranm.), m.w.N.

271) Bettermann, AöR 86, S. 129 ff. (154 f.); zustimmend Bachof, AöR 86, S. 186 f.; Obermayer, Verfassungsrechtliche Aspekte, DVBl. 1965, S. 628 FN 35.

und inwieweit Art. 19 Abs. IV GG bei den NK-Vorschriften zu berücksichtigen ist, die sowohl dem Zweck der Beseitigung objektiver Zweifel an der Normgeltung, als auch dem Schutz subjektiver Rechte zu dienen bestimmt sind.
§ 47 VwGO stellt, wie vorne [272] ausführlich dargelegt wurde, eine derart kombinierte Norm dar. Auch Obermayer [273] schließt sich insoweit den überzeugenden Argumenten der ganz überwiegenden Meinung an [274].
Trotzdem geht Obermayer von einer uneingeschränkten Geltung der Rechtsschutzgarantie aus, ohne auf die Besonderheit der "kombinierten" Fassung des § 47 VwGO einzugehen, wenn er fordert, daß der Rechtsschutz gem. § 47 VwGO "wegen 19 IV die gleiche Effektivität ... wie die gegen Verwaltungsakte gerichtete Anfechtungsklage besitzen muß" [275]. Die sich in diesem Zusammenhang aufdrängende Frage nach der Reichweite der Rechtsschutzgarantie wird übergangen, oder übersehen. Jedenfalls fehlt jegliche Begründung der uneingeschränkten Geltung des umfassenden Rechtsschutzgebotes in einem NK-Verfahren, das dem Individualrechtsschutz nur neben einer Beanstandungsfunktion dient.
Den Wahrheitsbeweis versucht Elias [276] mit dem Hinweis auf die Bedeutung des Art. 19 Abs. IV GG für die VwGO insgesamt anzutreten. Aus der Tatsache, daß die Hauptbedeutung der Rechtsschutzgarantie gerade auf dem Gebiet des Verwaltungsprozesses liegt [277], schließt Elias: "Wenn ... das ganze Gesetz vorwiegend zum Zweck des Individualrechtsschutzes geschaffen ist, so muß dieses Rechtsschutzmoment bei § 47 VwGO

---

272) Vgl. 2. Abschn., § 8, VI., 3.

273) Grundzüge, S. 162; Verfassungsrechtliche Aspekte, S.629 FN 41; Gedächtnisschr., S. 888.

274) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, VI., 3. c), Anm. 218.

275) Verfassungsrechtliche Aspekte, a.a.O. (Voranm. 273).

276) S. 79.

277) Maunz/Dürig, Art. 19 Abs. IV, Rdnr. 7.

ebenfalls im Vordergrund stehen".
Das kann nicht überzeugen. Ganz abgesehen davon, daß § 47 VwGO auf Grund seiner Entstehungsgeschichte und seiner positivrechtlichen Ausgestaltung [278] wohl mehr als Beanstandungsverfahren konzipiert ist - darüber kann man sicherlich beliebig streiten -, wird diese Betrachtungsweise der Sonderstellung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens innerhalb der VwGO nicht gerecht. Selbst wenn die Rechtsschutzfunktion der Normenkontrolle im Vordergrund stehen sollte, ist die Beanstandungsfunktion damit nicht aus der Welt geschafft. In dieser Kombination beider durch die Normenkontrolle zu erreichenden Ziele liegt doch gerade die Quelle aller Auslegungsschwierigkeiten. Wegen dieser Kombination kann das Verfahren nach § 47 VwGO nicht den übrigen Klagearten der VwGO gleichgestellt werden und läuft Gefahr als "Fremdkörper" innerhalb der VwGO angesehen zu werden. Aus diesem Grund muß jede Argumentation mit der Gesamtkonzeption des Verwaltungsprozesses daran scheitern, daß § 47 VwGO eine Sonderstellung im System der verwaltungsgerichtlichen Prozeßordnung einnimmt.

Die Überlegungen von Elias können Obermayer auch nicht ohne weiteres unterstellt werden. Seine Vorstellung einer uneingeschränkten Geltung der Garantie des Art. 19 Abs. IV GG beruht denn wohl auch auf einer anderen, tiefer gehenden Überlegung:
Ausgehend von der Voraussetzung, daß Art. 19 Abs. IV GG überhaupt einen wirksamen Rechtsschutz gegen Rechtsnormen umfaßt, sieht Obermayer die prozessuale Verwirklichung dieses Verfassungsgebotes im "gesetzlichen Modell des § 47 VwGO". Ist aber die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle identisch mit dem von Art. 19 Abs. IV GG geforderten Rechtsschutzverfahren gegen unmittelbar wirkende Verwaltungsrechtsnormen im

---

278) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, VI., 3.).

Range unter dem Gesetz [279], so muß - und das versteht sich von selbst - diese Verfassungsvorschrift für dieses Verfahren uneingeschränkte Geltung beanspruchen. Im Endeffekt muß die zur "wirkungsvollen Abschirmung der Individualrechtssphäre" gegen legislatives Unrecht nötige einstweilige Regelung vom Verfassungsrecht her zulässig sein.

Obwohl diesem Gedankengang die Schlüssigkeit nicht abgesprochen werden kann, muß ihm widersprochen werden. Die Fehlerquelle liegt in der Prämisse, in der von Obermayer unterstellten Identität von verwaltungsgerichtlicher Normenkontrolle und Rechtsschutz gegen Rechtsnormen im Range unter dem formellen Gesetz schlechthin. Das heißt, die Intention der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle weit überschätzen! [280] Dieses Verfahren gewährt gegen einen verhältnismäßig kleinen Teil von Normen anhand eines eingeschränkten Maßstabsrechts neben objektiver Rechtskontrolle a u c h Rechtsschutz. Die Frage nach dem von Art. 19 IV GG geforderten Rechtsschutz gegen Normen durch § 47 VwGO verbindlich beantwortet zu sehen, wäre nur dann angängig, wenn dieser Rechtsschutz nur "prinzipaliter", also nicht anders als in den verfahrensrechtlichen Formen der Normenkontrolle bewirkt werden könnte. Das wird von Obermayer apodiktisch behauptet [281].

Das entscheidende Argument gegen die Richtigkeit dieser Behauptung liegt im Wesen prinzipaler Normenkontrolle, der Allgemeinverbindlichkeit der Entscheidung. Gerade diese Wirkung

---

279) Es ist noch einmal zu betonen, daß sich die Frage auf verwaltungsrechtliche Normen im Range unter dem formellen Gesetz beschränkt. - Für formelle Gesetze gilt zwar Art. 19 Abs. IV GG ebenfalls, aber der Verwaltungsrechtsweg ist nicht eröffnet. Dies einmal, weil die direkte Prüfung von formellen Gesetzen am Maßstab der Verfassung als Verfassungsgerichtsbarkeit anzusehen ist, zum anderen, weil das Verwaltungsgericht wegen Art. 100 Abs. I GG ohnehin nur einseitig (gültigkeitsbejahend) entscheiden könnte.

280) Maurer, S. 293.

281) Verfassungsrechtliche Aspekte, S. 632.

über die Parteien des Verfahrens hinaus ist aus Gründen des Individualrechtsschutzes nicht angebracht.
Obermayer will den wohl erkannten Widerspruch mit Hinweis auf Rechtsstaat und Gleichheitssatz überbrücken: Die Allgemeinverbindlichkeit sei zwar "nicht geboten ... aber in einem vom Gleichheitssatz beherrschten Rechtsstaat durchaus sinnvoll" und könne "nicht dazu dienen das Institut der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gem. § 47 VwGO als ein für den Angriff gegen eine unmittelbar wirkende Norm ungeeignetes Verfahren zu beurteilen". [282]

Das mag seine Richtigkeit haben. Eine Begründung der These, Rechtsschutz gegen Rechtsnormen m ü s s e im Wege prinzipaler Gültigkeitsprüfung erfolgen, beinhaltet diese Aussage jedenfalls nicht. Es ist kein Grund dafür ersichtlich, daß dieser Rechtsschutz nicht auch "inzident" gewährleistet werden könnte. Es genügt, die Auswirkungen der rechtswidrigen Norm auf die Individualsphäre des einzelnen abzuwehren und auf diese Weise seine subjektiven Rechte auch ohne allgemein verbindliche Nichtigkeitsfeststellung ausreichend zu schützen. Ob dies nun im Wege der Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO in Form einer Klage auf Feststellung der Normgültigkeit [283], oder im Wege einer Klage auf Feststellung einer Rechtsverletzung des Klägers durch die Norm [284], oder im Wege einer Feststellungsklage eigener Art [285], einer vorbeugenden Feststellungsklage [286], oder einer Unterlassungsklage (Vollzugsunterlassungsklage) [287] geschieht, kann hier dahingestellt

---

282) Vgl. Voranm. 262.

283) Renck, DÖV 1964, S. 651 (655); JuS 1966, S. 278; JuS 1967, S.551; BW VGH ESVGH 11, 32 (35 f.) u. DVBl. 1966, S.408 ff. einschränkend BW VGH ESVGH 16, 21 (25); ebenfalls einschränkend Bachof, AöR 86, S.188 ff. und DÖV 1964, S.9.

284) Wilken, DVBl. 1969, S. 532 (535); diese Klage steht im Gegensatz zur Feststellung der Normgültigkeit, vgl.a.a.O.

285) Maurer, S. 305 ff. (307).

286) Naumann, Gedächtnisschr.f.Walter Jellinek, S. 391 ff.; ders., DÖV 1960, S. 808; Hoppe, DVBl. 1964, S. 173; Schrödter, BBauG § 10 Rdnr. 9.

287) So vor allem Brohm, S. 79 ff. Ferner Schrödter und Hoppe, a.a.O. (Voranm.).

sein [288]. In diesem Zusammenhang ist lediglich festzuhalten, daß § 47 VwGO nicht das von Art. 19 Abs. IV GG geforderte Rechtsschutzverfahren gegen unmittelbar wirkende Verwaltungsrechtsnormen im Range unter dem formellen verkörpert. Damit steht fest, daß § 47 VwGO lediglich als eine von mehreren Möglichkeiten zur Gewährung von Rechtsschutz einzustufen ist, mithin - wegen dessen teilweiser Beanstandungsfunktion - die Tragweite von Art. 19 Abs. IV GG weiterhin in Frage steht.

Unter Berücksichtigung der dem Normenkontrollverfahren eigenen rechtsdogmatischen Qualifizierung als Kombination von Rechtsschutz- und Beanstandungsverfahren kann nur eine e i n g e s c h r ä n k t e G e l t u n g des Art. 19 Abs. IV GG angenommen werden. Einmal muß die verfassungsrechtliche Rechtsschutzvorschrift auch im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren Geltung besitzen, weil dieses - wenn auch nur teilweise - zum Schutz subjektiver Rechte der Bürger konzipiert wurde; zum anderen kann dieses Verfassungsgebot aber nicht uneingeschränkt Geltung beanspruchen, weil Rechtsschutz eben nur neben der objektiven Normenkontrolle gewollt ist. Nachdem feststeht, daß die prinzipale Normenkontrolle nur eine - durchaus nicht ideale - Möglichkeit des Rechtsschutzes gegen Rechtsnormen darstellt, das Verfassungsgebot also auch auf anderem Weg befolgt werden kann, wäre § 47 VwGO, ohne Art. 19 Abs. IV GG zu tangieren, auch als reines Beanstandungsverfahren denkbar. Könnte aber der einfache VwGO-Gesetzgeber auf die Rechtsschutzfunktion § 47 VwGO verzichten, ohne gegen das verfassungsrechtliche Rechtsschutzgebot gegen Normen unter dem formellen Landesgesetz zu verstoßen, so kann andererseits auch nicht über diese Verfassungsnorm ein über den Willen des einfachen Gesetzgebers hinausgehender "höchstmöglicher Individualrechtsschutz" erzwungen werden. Es kann

---

288) Vgl. zu dieser Problematik die ausführliche Darstellung von Maurer, Rechtsschutz gegen Rechtsnormen, Tübinger Festschr. f. Eduard Kern, 1968, S. 275 ff.

lediglich - nachdem der Rechtsschutzzweck deutlich in der Fassung des Tatbestandes des § 47 VwGO hervorgetreten ist - nicht auf die essentiellen Merkmale eines derartigen Verfahrens verzichtet werden, um den Willen des Gesetzgebers in die prozessuale Wirklichkeit umzusetzen. [289]

Somit ist nicht der Maßstab eines "größtmöglichen Individualrechtsschutzes" i.S.v. Art. 19 Abs. IV GG anzulegen. Das Normenkontrollverfahren muß im Gegenteil nur den Mindesterfordernissen, die an ein Rechtsschutzverfahren i.S.v. Art. 19 Abs. IV GG zu stellen sind, entsprechen.

Ganz auf dieser Linie bewegt sich auch das BVerfG, wenn es in seiner Entscheidung vom 22.6.1960 [290] die "alles andere als eine ideale Rechtsschutzverwirklichung" [291] darstellende Ausgestaltung des § 25 VGG [292] als den Anforderungen eines Rechtsweges i.S.v. Art. 19 Abs. IV GG genügend ansieht [293].

Im Ergebnis kann dementsprechend festgehalten werden: Die Konzeption Obermayers beruht auf unsicheren, beziehungsweise falschen Voraussetzungen; die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle kann nicht als "Konkretisierung der in Art. 19 Abs. IV GG enthaltenen Rechtsschutzgarantie verstanden werden. Im Gegenteil, diese Vorschrift ist auf das Verfahren nach § 47 nur eingeschränkt anwendbar. Das Verfassungsgebot des effektiven

---

289) Maurer, a.a.O. (Voranm.) spricht treffend von einem Beanstandungsverfahren, das "zur Möglichkeit eines subjektiven Rechtsschutzes nicht abschließend Stellung nimmt".

290) BVerfGE 11, 232 ff.

291) Maurer, a.a.O. (Voranm. 289), S. 290.

292) Dies kann uneingeschränkt auf § 47 VwGO übertragen werden.

293) Unter dem Aspekt des Rechtsschutzes gibt § 47 VwGO in der Tat gerade das, was unbedingt notwendig ist. So wird ohne obligatorische mündliche Verhandlung entschieden, steht nur eine Instanz zur Verfügung, gibt es keinen Suspensiveffekt, und ist die e.AO heftigst umstritten.

Rechtsschutzes verlangt somit nicht die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren.

Die von Obermayer geforderte Gleichbehandlung von Anfechtungsklage und Normenkontrolle wird den Besonderheiten des § 47 VwGO als Kombination von Rechtsschutz- und Beanstandungsverfahren nicht gerecht und ist deshalb abzulehnen.

IV. Analoge Anwendung des § 123 Abs. I, S. 2 VwGO

1.) Verschiedene Begründungsversuche

Im Gegensatz zu der bahnbrechenden Entscheidung des II. Senats des BW VGH [294] lehnen der I. und IV. Senat dieses Gerichts richtigerweise [295] eine Analogie zu den Verfassungsgerichtsgesetzen ab und begründen die Zulässigkeit e.AOen im Normenkontrollverfahren mit einer entsprechenden Anwendung des § 123 Abs. I, S. 2 VwGO [296]. In dieser Ansicht sieht sich das Gericht vor allem durch K l o t z [297] bestätigt, der nach eingehender Untersuchung die Zulässigkeit e.AOen im Normenkontrollverfahren ebenfalls in dieser Vorschrift begründet sieht.

a) I. Senat des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs

Nachdem der I. Senat des Bad.-Württ. VGH unter Berufung auf

---

294) Beschl.v. 30.6.1961, BWVBl. 1961, S. 138 ff. mit teilweise zustimmender Anm.v. Klickermann.

295) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 9, II., S. 137 ff.

296) Beschl.v. 14.3.1963, ESVGH 13, 81/82; Beschl.v. 22.10.1965, ESVGH 16, 31 (33); Beschl.v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102; Beschl.v. 14.2.1967, BWVBl. 1967, S. 74 ff. = DVBl. 1967, S. 462 ff.; Beschl.v. 12.7.1967 ESVGH 18, 38 ff.; Beschl. v. 31.1.1969, BWVBl. 1969, S. 42 ff.; in den Beschl.v. 14.3.1963 und 22.10.1965 spricht der VGH noch undifferenziert von § 123 VwGO insgesamt, erst in den Beschl.v. 18.4.1966 und 14.2.1967 unterscheidet das Gericht die beiden Alternativen des Tatbestandes und legt sich auf § 123 Abs. I, S. 2 VwGO fest.

die Rechtsprechung des II. Senats die gleiche Interessenlage beim verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren einerseits und beim verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren andererseits hervorgehoben hat und darin ein Indiz für die Zulässigkeit vorläufiger Maßnahmen ohne ausdrückliche gesetzliche Regelung erblickt, stellt er fest, "daß § 123 VwGO entsprechend anzuwenden ist, da diese Vorschrift für das verwaltungsgerichtliche Verfahren, dem auch die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle zugehört, eine einschlägige Regelung enthält" [298]. In einer späteren Entscheidung [299] wird die lediglich analoge Anwendung dieser Vorschrift damit begründet, daß § 123 VwGO "unmittelbar nur für das verwaltungsgerichtliche Streitverfahren gilt".

Die Schwierigkeit, die sich daraus ergibt, daß die angezogene Norm dazu dient einen "vorläufigen Zustand in bezug auf ein streitiges Rechtsverhältnis" zu regeln, während im Normenkontrollverfahren nicht ein Rechtsverhältnis, sondern die Gültigkeit einer Norm streitig ist, räumt das Gericht dadurch aus dem Weg, daß es den Antrag auf einstweilige Regelung isoliert von dem Hauptsacheverfahren behandelt: Das Ziel des Antrags auf Erlaß einer e.AO sei nicht eine (schon der Natur der Sache nach ausgeschlossene) vorläufige Regelung in Bezug auf die Gültigkeit der im Normenkontrollverfahren angegriffenen Rechtsvorschrift oder in Bezug auf die allgemeine Rechtsunterworfenheit des Antragstellers unter diese Rechtsvorschrift, sondern eine einstweilige Regelung "in Bezug auf die aus der A n w e n d u n g der Norm entstandenen konkreten Rechtsbeziehungen zwischen dem Antragsteller und den Beteiligten, mithin in Bezug auf ein aus einem bestimmten Sachverhalt erwachsenden,öffentlich-rechtlich geregelten Rechtsverhältnis" [300].

---

297) DÖV 1966, S. 186 ff. (188/189).

298) Beschl.v. 14.3.1963, ESVGH 13, 81/82; nochmals bestätigt im Beschl.v. 22.10.1965, ESVGH 16, 31 ff. (32).

299) Beschl.v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102 ff. = VerwRspr. 18, 502 ff. (503); eine Begründung dieser Auffassung wird nicht gegeben.

300) Beschl.v. 18.4.1966, Voranm. a.a.O.

b) Argumentation von Klotz

In diesem Zusammenhang beruft sich das Gericht auf die Ausführungen von Klotz [301], der die 2. Alternative des § 123 VwGO in vielen Fällen für unmittelbar anwendbar hält, weil im Bereich der landesrechtlichen untergesetzlichen Normen die jeweilige Rechtsvorschrift oft durch einen konkreten Sachverhalt veranlaßt sei und sich auf einen relativ engen persönlichen und sachlichen Rahmen beziehe, sodaß auch durch an sich abstrakte und generelle Regelungen die Rechtsstellung einer Person oder die Beziehung einer Person zu einer Sache unmittelbar und konkret bestimmt werden könne, mithin in diesem Bereich Rechtsverhältnisse vorliegen könnten, wie sie in § 123 Abs. I, S. 2 VwGO gefordert werden. Ergibt die im Einzelfall vorzunehmende Prüfung, daß die Regelung in der untergesetzlichen Norm keinen Boden für ein Rechtsverhältnis in diesem Sinne abgibt, so sei § 123 Abs. I, S. 2 wegen der gleichen Interessenlage und des Normzwecks zumindest analog anzuwenden.

c) IV. Senat des Baden-Württembergischen Verwaltungsgerichtshofs

Verwenden Klotz und der I. Senat des BW VGH noch einige Mühe darauf, ein konkretes Rechtsverhältnis i.S.v. § 123 Abs. I, S. 2 VwGO zwischen dem Antragsteller und dem Antragsgegner im Normenkontrollverfahren zu begründen, geht der IV. Senat des BW VGH [302] über dieses in § 123 VwGO enthaltene Erfordernis

---

301) DÖV 1966, S. 186 ff. (188/189); Klotz lehnt die 1. Alternative des § 123 als Grundlage e.AOen im Normenkontrollverfahren ab, weil hier ein Individualanspruch vorausgesetzt werde. Seiner Meinung nach fällt unter den Tatbestand des Satz 1 dieser Vorschrift nur das, was im Wege der Leistungsklage verfolgt werden kann. "Die Interessenlage und der Normzweck dieser Vorschrift" unterschieden sich so sehr von der Normenkontrolle, daß auch eine analoge Anwendung dieser Alternative von § 123 VwGO im Normenkontrollverfahren ausgeschlossen sei.

302) Beschl.v. 14.2.1967, BW VBl. 1967, S. 74 ff. DVBl. 1967, S.462 ff.

hinweg, indem er aus dem Wesen der Normenkontrolle folgert, daß die ihr zugeordnete e.AO nicht auf ein konkretes streitiges Rechtsverhältnis bezogen zu sein braucht, und daß mit der e.AO über den Schutz des Antragstellers im Wege der Einzelfallregelung hinaus Handlungen zum Vollzug der angegriffenen Vorschrift allgemein untersagt werden können, wenn dies zur Sicherung der Endentscheidung des Gerichtshofs dringend geboten ist. - Zur Rechtfertigung dieser Auffassung wird auf die ähnliche Situation bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze im Zusammenhang mit § 32 BVerfGG hingewiesen.

2.) Kritik dieser Begründungsversuche

a) Die Großzügigkeit, die der IV. S e n a t des BW VGH bei der Begründung der analogen Anwendung von § 123 VwGO an den Tag legt, ist an dieser Stelle sicherlich fehl am Platz. Es geht nicht an, aus dem Wesen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle Folgerungen für die Voraussetzungen e.AOen in diesem Verfahren zu ziehen, solange die Grundsatzfrage, ob solche e.AOen überhaupt zulässig sind, nicht geklärt ist. Wer so vorgeht, setzt gerade das als gegeben voraus, was er beweisen will: Eine Ermächtigung zum Erlaß e.AOen im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle. Diese Ermächtigung ist jedenfalls nicht dadurch nachgewiesen, daß die gegen die Zulässigkeit vorläufiger Maßnahmen vorgetragenen Gründe als nicht durchschlagend erkannt worden sind [303]. Der entscheidende Schritt - die positive Begründung der Zulässigkeit

303) Der IV. Sen. des BW VGH scheint - ohne dies ausdrücklich festzuhalten - doch stark von einer Analogie zur e.AO des verfassungsgerichtlichen Verfahrens beeinflußt zu sein und hierin eine zusätzliche Grundlage der Zulässigkeit e.AOen im vwgrtl.NKV zu sehen. Der einleitende Hinweis auf BVerfGE 11, 306 (309) und auf die "ähnliche Situation bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze, § 32 BVerfGG", läßt diesen Schluß zu. Vgl. zu dieser Argumentation vorne: 2. Abschn., § 9, II.

derartiger Maßnahmen - soll ja mit der Heranziehung von § 123 VwGO als gesetzliche Ermächtigung erst getan werden.
Bei diesem Unterfangen kommt man jedoch nicht umhin, die einzelnen Tatbestandsvoraussetzungen dieser Vorschrift auf ihre Eignung zu untersuchen: Gegenstand der Ermächtigung gem. § 123 Abs. I, S. 2 VwGO ist ein "streitiges Rechtsverhältnis", Inhalt,die "Regelung eines vorläufigen Zustandes", Voraussetzung, daß dadurch "wesentliche Nachteile" abgewendet, "drohende Gewalt" verhindert oder andere Gründe jene Regelung "nötig" erscheinen lassen. [304]
Demzufolge kann gerade auch das Erfordernis eines "streitigen Rechtsverhältnisses" nicht einfach unbeachtet bleiben und ungeprüft übergangen werden.

b) Dies wurde vom I. S e n a t des BW VGH und auch von K l o t z richtig erkannt. Beide sehen in dem Nachweis eines konkreten Rechtsverhältnisses zwischen Antragsteller und Antragsgegner eines Normenkontrollverfahrens d i e zentrale Aufgabe um die Zulässigkeit e.AOen im Rahmen dieses Verfahrens zu begründen.
Gerade darin liegt aber die Schwäche dieser Argumentation. Genauso wie diese Tatbestandsvoraussetzung des § 123 VwGO Abs. I, S. 2 nicht völlig unbeachtet bleiben kann, kann sie auch nicht zum alleinigen entscheidenden Kriterium für die

---

304) Dies gilt auch dann, wenn man mit Obermayer, Gedächtnisschr., S. 882 die beiden Alternativen des § 123 Abs. I VwGO für untrennbar hält und die Tatbestände der Sätze 1 und 2 zu einem Tatbestand zusammenfaßt.
Diese Betrachtungsweise ist angebracht, wenn man bedenkt, daß selbst in der allgemeinen Prozeßlehre die beiden Anordnungstatbestände der §§ 935 und 940 ZPO nicht klar trennbar sind. (Vgl. Stein/Jonas, ZPO, Vorbem. III 2. vor § 916 und Anm. II zu § 940; Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 940 Anm. 2). Dies gilt im Verwaltungsprozeß um so mehr, als in § 123 Abs. I VwGO beide Tatbestände in einer Vorschrift zusammengefaßt sind und beide der gleichen Behandlung unterliegen. Ausführlich zum Ganzen: Quaritsch, S. 230 ff., 342 ff.

Zulässigkeit oder Unzulässigkeit e.AOen im Normenkontrollverfahren erhoben werden.

Es mag Klotz durchaus zuzustimmen sein, wenn er im Bereich landesrechtlicher, untergesetzlicher Normen Rechtsverhältnisse zahlreich begründet sieht. Die von ihm vorgesehene Einzelfallprüfung kann sogar unterbleiben, da - wie eingangs dieses Abschnittes festgestellt wurde - unabhängig von der jeweiligen gesetzgeberischen Motivation bei Zulässigkeit eines Normenkontrollantrags ganz allgemein auch das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses anzunehmen ist.

Im Gegensatz zu der Auffassung des BW VGH und Klotz kann aber mit dieser Feststellung das Problem noch nicht als gelöst betrachtet werden. Die Existenz eines Rechtsverhältnisses i.S. v. § 123 Abs. I, S. 2 VwGO kann zumindest nicht allein die Zulässigkeit e.AOen im Rahmen des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens begründen.
Die vom Wortlaut des § 123 VwGO ausgehende Argumentation, die sich mit einer Subsumption unter die in der Vorschrift enthaltenen Begriffe die Zulässigkeit begründen will, muß sich sämtliche schon gegen die begriffsjuristisch begründete Ablehnung des Instituts vorgebrachten Bedenken entgegenhalten lassen [305]. Eine rein begriffliche Interpretation des § 123 VwGO ist weder geeignet, die Unzulässigkeit vorläufiger richterlicher Maßnahmen im Verfahren der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nachzuweisen, noch kann die Zulässigkeit solcher Maßnahmen allein auf diese Überlegungen gestützt werden.

Es kann schon methodisch nicht überzeugen, wenn die Lösung eines prozessualen Problems von der engeren oder weiteren Bestimmung eines Begriffs aus der allgemeinen Rechtslehre abhängig sein soll [306], der vor rund hundert Jahren für das

---

305) Ausführlich dazu vorne: 2.Abschn., § 8, I.

306) Vgl. Larenz, Methodenlehre, S. 211 ff.; S. Nawiasky, Allgemeine Rechtslehre als System der rechtlichen Grundbegriffe, 2. Aufl., 1948, S. 153; zum Rechtsverhältnis bei § 123: Quaritsch, S. 342 ff.

Zivilprozeßrecht ausgestaltet wurde. Im öffentlichen Bereich ist er bis heute trotz vielfältiger Bemühungen, "die so alt sind wie das Verwaltungsrecht selbst" [307], noch nicht fest umrissen. Selbst im Rahmen der Feststellungsklage gemäß § 43 VwGO, wo ein umfassendes Fallrecht die Grenzen des Begriffs zu ziehen versucht, kann die Frage, wann ein Rechtsverhältnis vorliegt, keineswegs als endgültig geklärt gelten [308]. Nähere Untersuchungen des Begriffs im Context mit § 123 VwGO fehlen fast völlig [309].

Dies nachzuholen erscheint nach dem oben Ausgeführten für die Lösung des hier anstehenden Problems auch nicht von großem Nutzen zu sein.
Gerade im Prozeßrecht können anstehende Probleme am allerwenigsten mit Deduktionen aus mehr oder weniger spekulativ bestimmten Begriffsinhalten bewältigt werden.
Der Schwerpunkt der Überlegungen liegt somit nicht bei der begrifflichen Interpretation des Tatbestandes der in Frage stehenden Vorschriften, sondern bei der Begründung der gleichartigen Interessenlage, die - auch gerade dann, wenn die Begriffe der gesetzlichen Regelung den zu regelnden Tatbestand nicht betreffen - eine Analogie rechtfertigen würde.

Die somit ins Blickfeld gerückte "Ähnlichkeitsbewertung" der Rechtslage in Bezug auf die von § 123 VwGO ausdrücklich erfaßten verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren und dem verwaltungsgerichtlichen Sonderverfahren der Normenkontrolle führt geradewegs zurück auf die bekannten und vorgehend darge-

---

307) Quaritsch, S. 342.

308) Maurer, S. 301; Quaritsch, S. 342 sehr anschaulich über die diesbezügl. Schwierigkeiten: "Es ist in der Tat nicht einfach, einem so farblos-vieldeutigen Begriff prozessuales Leben einzuhauchen und das schwere Gold theoretischer Einsichten in die kleine Münze täglicher Rechtsanwendung auszuwechseln."

309) Mit Ausnahme der sehr gründlichen Arbeit von Quaritsch, S. 342 ff.

stellten Meinungsverschiedenheiten in Rechtsprechung und Literatur. Zweifellos stößt diese Ähnlichkeitsbewertung auf den Nerv des gesamten Problems der e.AO im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren: Stehen die Unterschiede der verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren - für die § 123 ausdrücklich gilt - und der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle einer rechtlichen Gleichbehandlung bezüglich der Zulässigkeit e.AOen im Wege, oder rechtfertigt ihre teilweise Übereinstimmung hier eine Gleichbehandlung?

Zur Beantwortung dieser Frage genügt es nicht darauf hinzuweisen, daß alle gegen die analoge Anwendung von § 123 VwGO vorgebrachten Bedenken zerstreut werden konnten. Es bedarf der positiven Feststellung von Übereinstimmungen der beiden Verfahrensgruppen, "die wertungsmäßig so bedeutsam" sind, "daß sie die rechtliche Gleichbehandlung der Fallgruppen rechtfertigen" [310]. Dabei liegt die entscheidende Problematik weniger in der Feststellung der Ähnlichkeit der Tatbestände, als in deren rechtlichen Gleichbewertung. Das will sagen: Das formale Schlußverfahren der Analogie ist nur dann gerechtfertigt, wenn eine Ähnlichkeit "gerade in allen denjenigen Hinsichten besteht, die für die rechtliche Bewertung maßgebend sind [311].

Die Feststellung einer Ähnlichkeit genügt also nicht, es muß das Urteil hinzukommen, daß die Ähnlichkeit für die rechtliche Gleichbewertung einen hinreichenden Grund darstellt.

"Bei dieser wertenden Beurteilung ist, ebenso wie bei der Auslegung, von dem Zweck und dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung ... auszugehen." [312] Die Logik muß - wie Engisch [313] sich ausdrückt - "sich mit der Teleologik verbinden."

---

310) Larenz, Methodenlehre, S. 361.

311) Larenz, a.a.O. (Voranm.), S. 360.

312) Larenz, a.a.O. (Voranm. 310).

313) Engisch, S. 145; ebenso Ulrich Klug, Juristische Logik, 3. Aufl., 1966, S. 128; vgl. auch Larenz, S. 360 Anm.3 m.w.N.

In Bezug auf solch teleologische Beweisführung versagen sowohl der BW VGH als auch Klotz. Mit allgemeinen Floskeln wie; "die Interessenlage und der Normzweck erlauben eine analoge Anwendung", ist jedenfalls nichts gewonnen. [314] Eine überzeugende Begründung der analogen Anwendung des § 123 VwGO im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle bedarf gerade in diesem Punkt ausführlicher Belege. Diese wurden von den genannten Autoren nicht erbracht.

Nichtsdestoweniger ist die eingeschlagene Richtung im Prinzip richtig. Ihr soll auch im weiteren Verlauf der Untersuchung im wesentlichen gefolgt werden.

In der Absicht eine möglichst breite Basis für die zu lösende Problematik zu schaffen, wird jedoch die Prüfung der Zulässigkeit e.AOen nicht auf die Materie des § 123 VwGO beschränkt bleiben, sondern die Anwendbarkeit des prozessualen Instituts richterlicher Interimsmacht im Rahmen des Verfahrens nach § 47 VwGO generell - losgelöst von der Bindung an die konkrete gesetzliche Ausgestaltung in § 123 - geprüft werden.

Entscheidendes Auslegungskriterium [315] wird dabei der Sinn und Zweck der in Frage stehenden Institute abgeben. Eine Methode, die speziell im Prozeßrecht besondere Berechtigung verdient, da gerade dieser Rechtsbereich von Erwägungen der Zweckmäßigkeit beherrscht wird [316].

---

314) So aber Klotz, S. 189.

315) Von Analogie kann wohl nicht gesprochen werden. Bei der teleologischen Auslegung der Institute der e.AO und der vwgrtl. NK auf ihre eventuelle Zusammengehörigkeit, wird nicht Besonderes mit Besonderem verglichen, sondern vom Allgemeinen auf das Besondere geschlossen. Vgl. z.B. Larenz, S. 364 Anm. 1; Claus-Wilhelm Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964, S. 97 ff.

316) Dies ergibt sich aus der praktischen Zweckgebundenheit des Prozeßrechts, das der zweckmäßigsten Durchsetzung des materiellen Rechts dient. Aus diesem Grund ist - wenn überhaupt - dann im Prozeßrecht der Ansicht von Iherings beizupflichten, daß "der Begriff des Rechts ein praktischer, d.h. ein Zweckbegriff" ist. (Eingangsworte seiner Streitschrift "Der Kampf ums Recht", S. 1).

Dritter Abschnitt

Notwendigkeit einstweiliger Anordnungen zur Zweckverwirklichung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens gemäß § 47 VwGO

§ 10 Vorbemerkungen

Die bisher angestellten Erörterungen haben mit hinreichender Deutlichkeit gezeigt, daß gegen sämtliche der behandelten Beweisführungen zur Entscheidung der Frage der Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren mehr oder minder schwere Bedenken erhoben werden mußten. Diese Bedenken richteten sich weniger gegen das jeweils vertretene Ergebnis, das noch im Hintergrund geblieben ist, als gegen die Methoden, die Schlüssigkeit der Argumentationen, oder die diesen Argumentationen vorgeschalteten Prämissen.

So hat sich gezeigt, daß die These, jedem Verfahren sei die Möglichkeit vorläufiger Regelungen immanent, keine tragfähige Grundlage in dem jeweils zur Debatte stehenden Einzelfall darstellen kann (1. Abschn. §§ 2-5). Aber auch sämtliche gegen die Zulässigkeit e.AOen vorgebrachten Gründe haben sich letztlich als nicht stichhaltig erwiesen (2. Abschn., § 8). Ebenso mußte der Meinung widersprochen werden, die aus diesem Ergebnis der Untersuchung vorschnell die Zulässigkeit herleitete (2. Abschn. § 9, I.). Stand somit die Notwendigkeit einer positiven Begründung fest, so vermochten die verschiedenen in dieser Hinsicht unternommenen Lösungsversuche nicht zu überzeugen (2. Abschn. § 9, II-IV). Im Ergebnis ist die Problematik unbewältigt geblieben, die Frage nach der Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO weiter unbeantwortet.

Trotzdem hat die Auseinandersetzung mit den verschiedenen Meinungen zu einer Reihe von wesentlichen Erkenntnissen verholfen. Es sei nur an die Verschiedenartigkeit der Streitgegenstände von Hauptsachverfahren und vorläufigem Verfahren, an die Rechtsnatur der e.AO-Befugnis und ihre inhaltliche Grenzen, an die verschiedenen Parallelen zur verfassungsgerichtlichen e.V, oder etwa an die rechtsdogmatische Qualifizierung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle und anderes mehr erinnert.
Mit Hilfe des bisher Erarbeiteten und unter besonderer Berücksichtigung der den jeweiligen prozessualen Einrichtungen zugedachten Ordnungsaufgaben, soll im folgenden ein erneuter Lösungsversuch unternommen werden.

§ 11 Methode und Fragestellung

Die Ursache der hier zu behandelnden Problematik liegt, ganz allgemein betrachtet, in der Tatsache, daß der Gesetzgeber der Verwaltungsgerichtsordnung die Frage nach der Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nicht gesehen und deshalb auch nicht geregelt hat. Unter dem Eindruck der grundsätzlichen Auseinandersetzungen um die Zulässigkeit e.AOen im Verwaltungsprozeß überhaupt, war der Blick noch nicht frei für jene planwidrigen Unvollständigkeiten, die die Übernahme der zivilprozessualen einstweiligen Anordnungstatbestände in die VwGO mit sich gebracht hatte. [1] Aus diesem Grunde müssen alle die Versuche von vornherein zum Scheitern verurteilt sein, die nachträglich eine Stellungnahme des Gesetzgebers zu dieser Frage aus den Buchstaben und zwi-

1) Zur Ansicht des Hess. VGH (Beschl.d.IV.Sen.v. 19.3.1968, nicht veröffentl., zit.n. dem diese Rspr. bestätigenden Beschl. des gleichen Sen.v. 25.11.1969, NJW 1970, S.1619), es liege keine Lücke vor, sondern ein "beredtes Schweigen" des Gesetzes i.S. einer negativen Regelung, vgl. vorne: 2.Abschn., § 8, I.

schen den Zeilen des Gesetzes herauslesen wollen. Wortlaut und Systematik der VwGO sind genauso unergiebig wie die historische Entwicklung dieses Gesetzes.

Führt demnach die logische Auslegungsmethode [2] nicht weiter, so ist die **teleologische Auslegungsmethode** am Platze. [3] Nicht "dogmatische Grundfiguren" sondern "Funktionszusammenhänge" werden mithin ausschlaggebend sein. [4] Diese "eigentliche Auslegung deutet den Sinn des Gesetzes aus seinem rechtspolitischen Zweck, richtiger aus seiner rechtspolitischen Zwecksetzung". [5] Hierbei beschränkt sich die teleologische Interpretation nicht darauf, den Zweck des einzelnen Rechtssatzes aufzuhellen; sie ermittelt die Zweckhaftigkeit des jeweiligen Rechtsinstitutes des ganzen Gesetzes, ja, sie bezieht unter Umständen sogar die Anforderungen des Gesellschaftslebens mit ein. [6]
Dabei kommt es nicht auf den Zweck des Willensaktes der Rechtsetzung an, sondern - da das Gesetz eine in die Zukunft weisende Ordnungsfunktion in der Rechtsgemeinschaft erfüllen soll - auf die "sich in der Setzung vollziehende Objektivierung dieser Aufgabe in Permanenz". [7] Deshalb stört in diesem Zusammen-

---

2) Unter diesem Begriff werden hier die verschiedenen Auslegungsmethoden außer der teleologischen Methode verstanden: Auslegung aus dem Wortlaut der Norm (grammatische Auslegung), aus ihrem Zusammenhang (systematische Auslegung) und aus den Gesetzesmaterialien, bzw. der Entstehungsgeschichte (historische Auslegung). Die hier anzuwendende Auslegung aus dem Zweck der Norm (teleologische Auslegung) schließt natürlich einen Rückgriff auf die übrigen Auslegungen nicht aus. Diese werden vielmehr ergänzend heranzuziehen sein, vgl. BVerfGE 11, 130.

3) Vgl. Engisch, Einführung in das juristische Denken, S.77; Larenz, Methodenlehre, S. 322, vgl. auch S. 360.

4) Esser, Grundsatz und Norm, S. 371.

5) Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 40

6) Engisch,a.a.O. (Voranm. 3).

7) Bartholomeyczik, a.a.O. (Voranm.); maßgebend ist also der in der jeweiligen Vorschrift zum Ausdruck kommende "objektivierte Wille des Gesetzgebers" (BVerfGE 1, 312; 8, 307; 10, 244; und insbes. E 11, 130 ff.).

hang auch nicht die Tatsache, daß der Gesetzgeber die hier in Frage stehende Problematik nicht gesehen hat. Wichtig ist lediglich, daß die dem jeweiligen Rechtsinstitut oder Gesetz grundsätzlich "zugedachte Ordnungsaufgabe" herausgearbeitet wird. [8] Aus dem Funktionszusammenhang dieser Aufgabenstellungen können auch die Probleme gelöst werden, die dem Gesetzgeber unbekannt waren. Insoweit trifft die Aussage, die Wach [9] schon vor fast einem Jahrhundert niederschrieb, durchaus zu: Unter Umständen kann das Gesetz in der Tat "einsichtiger sein als der Gesetzgeber".
Solche Methode gehört heute zum festen Bestand der juristischen Hermeneutik [10], ihre Berechtigung steht, gerade auch im öffentlich-rechtlichen Bereich, außer Zweifel [11].

Diesen an sich richtigen Weg hat auch das OVG Lüneburg [12] beschritten, in dem es davon ausging, daß e.AOen im Zusammenhang mit einem Normenkontrollverfahren nur dann zulässig sein können, "wenn die mit der e.AO verfolgten Ziele mit Sinn und Zweck des Normenkontrollverfahrens übereinstimmen". In diesem Sinne kann eine überzeugende Lösung nur gefunden werden, wenn

---

8) Esser, Grundsatz und Norm, S. 102.

9) Hdb. des Deutschen Zivilprozeßrechts, Bd.I, 1885, S. 258, begründet damit eine Autonomie der ratio legis über die ratio legislatoris.

10) Vgl. die Nachw. bei Engisch, S. 77, FN 72/73.

11) So konnte Leibholz schon im Jahre 1931 feststellen: "Ainsi dans le domaine de la science du droit public, la méthode téléologique a presque complètement remplacé la méthode logico-positiviste". Vgl.: Gerhardt Leibholz, Les tendances actuelles de la doctrine du droit public en Allemagne, in Archives de Philosophie du droit et de sociologie juridique, S. 217 ff. (218); auch Schüle, Das Problem der einstweiligen Verfügung in der deutschen Reichsstaatsgerichtsbarkeit stützte sich ausschließlich auf diese Methode. Vgl. auch Bartholomeyczik, Kunst der Gesetzesauslegung, S. 40; Larenz, Methodenlehre S. 322.

12) OVGE 17, 343 ff. (344); vgl. dazu 2. Abschn. § 8, VI., 1., bei Voranm. 142.

untersucht wird, welche Alternative - Bejahung oder Verneinung der Zulässigkeit - dem gesamten Sinn und Zweck der Institution der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle mehr, oder gar allein, entspricht. Es ist somit zu prüfen, ob der Zweck, den die Verwaltungsgerichtsordnung mit der Normenkontrolle nach § 47 VwGO verfolgt, mit oder ohne e.AO besser und sicherer erreicht wird. Stellt sich heraus, daß e.AOen zur vollständigen Zweckverwirklichung des Normenkontrollverfahrens in diesem Sinne notwendig sind, so steht der Mangel einer ausdrücklichen positiv-rechtlichen Ermächtigung der Zulässigkeit nicht entgegen.

Die Darstellung wird unter der Herrschaft dieses Gedankenganges folgenden Verlauf nehmen: Zunächst (I.) sollen Sinn und Zweck der Institute der e.AO und der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nochmals präzisiert werden. Daraufhin (II.) folgt die Behandlung der zentralen Frage nach der Rolle der e.AO bei der Erfüllung des Zweckes der Normenkontrolle nach § 47 VwGO, der Frage also, ob die Oberverwaltungsgerichte (VGH) die ihnen von der VwGO übertragene Aufgabe der Normenkontrolle besser ohne oder mit Anordnungsbefugnis bewältigen können. Anschließend (III.) gilt es zu prüfen, ob nicht etwa ein anderes Institut die Aufgaben der e.AO übernehmen könnte. Bis schließlich im Zulässigkeitsfalle zu prüfen sein wird (IV. Abschn.) unter welchen konkreten Voraussetzungen e.AOen im Normenkontrollverfahren erlassen werden können. Eine letzte Bemerkung hat der rechtlichen Ausgestaltung der vorläufigen Maßnahmen im einzelnen zu gelten.

§ 12 Funktionszusammenhang der Ordnungsaufgaben von einstweiliger Anordnung und Normenkontrolle nach § 47 VwGO

I. Sinn und Zweck einstweiliger Anordnungen und der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle

Der Zweck der e.AO-Befugnis war darin erkannt worden, die Rechtsfrage überhaupt entscheidungsfähig zu erhalten, sie davor zu bewahren, daß sie durch außerprozessuale Ereignisse de facto überholt wird, und die richterliche Entscheidung davor zu schützen, daß sie zu spät kommt, ihre Aufgabe schon vereitelt vorfindet und so insgesamt ihres Sinnes beraubt wird. [13] Auf diesem Weg wird das Gericht seiner Rechtsschutzaufgabe gerecht, indem es den streitbefangenen Gegenstand während des schwebenden Prozesses vor willkürlichen Veränderungen zum Nachteil einer Partei oder zum Nachteil der Rechtssicherheit schützt. Neben dieser Rechtsschutz- und Friedenssicherungsfunktion ist also die Funktion der Entscheidungssicherung bemerkenswert: Durch den Erlaß e.AOen erhält die Institution Gerichtsbarkeit die Sinnhaftigkeit ihrer eigenen Entscheidungstätigkeit, indem sie den rechtshängigen Streit der Herrschaft des angerufenen Gerichts bis zur endgültigen Entscheidung unterwirft.

Der Zweck der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle richtet sich nach der Individualität der Antragsteller. [14] Hat eine Behörde das Verfahren in Gang gesetzt, so bezweckt es die Wahrung der Einheit und Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung. Als reines objektives Beanstandungsverfahren hat es die Aufgabe, zahlreichen Einzelprozessen vorzubeugen, so daß neben der Einheitlichkeit der Rechtsordnung auch eine Entlastung der Verwaltungsgerichte durch eine ökonomische Gestaltung des Prozeßrechts erreicht wird.

---

13) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, IV., B), 1.) a) u. VI.
14) Vgl. dazu vorne: 2. Abschn., § 8, VI., 2.) u. 3.).

Ist eine natürliche oder juristische Person Initiator des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens, so ist der Zweck des Verfahrens ein doppelter: Zum einen soll - wie bei einem Behördenantrag - ein Beanstandungsverfahren in Gang gebracht werden, in dem das egoistische Streben des Einzelantragstellers sich gegen Nachteile zu schützen zu diesem Zwekke dienstbar gemacht wird. Zum anderen ist die personelle Antragsbefugnis nicht nur eine "listige Idee der Prozeßvernunft" zur Ingangsetzung eines Beanstandungsverfahrens, sondern beinhaltet auch eine konkrete Rechtsschutzfunktion für den Initiator der Normenkontrolle selbst.

Ist damit der Zweck beider Institute nochmals klargestellt, so kann die Frage in Angriff genommen werden, inwieweit sich diese Zwecke ergänzen, ein Funktionszusammenhang zwischen den Instituten besteht, ob sich die Aufgaben der Normenkontrolle besser mit oder ohne e.AO-Befugnis bewältigen lassen, kurz, welche Rolle die e.AO bei der Erfüllung der Aufgaben der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle spielt.

II. Die Rolle der einstweiligen Anordnung bei der Erfüllung der Aufgaben der Normenkontrolle gemäß § 47 VwGO

Die Rechtslage im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren unterscheidet sich kaum von der in jedem Prozeß entstehenden Situation rechtlicher Ungewißheit, die das Bedürfnis nach einer schnellen, vorläufigen Regelung hervorruft.

Die Erfordernisse einer richtigen u n d schnellen Entscheidung sind häufig nicht in vollem Umfang miteinander vereinbar, sodaß die Gefahr eines Zuspätkommens der richtigen Entscheidung besteht. Das damit verbundene Problem, daß die endgültige Entscheidung ins Leere gehen kann, weil sie rechtlich etwas gewährt, was tatsächlich wirkungslos ist, stellt sich auch im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle.

Auch hier ist der Zeitfaktor im Spiel, der jedem Prozeß als einem "procedere" zu eigen ist. Zwar ist das Verfahren gemäß § 47 VwGO kein Parteiprozeß, trotzdem können die Verfahrensbeteiligten den Schwebezustand des Verfahrens dazu benützen, die Sachlage ohne Rücksicht auf das zu erwartende Urteil nach ihrem Willen zu verändern. Wenn man davon ausgeht, daß Antragsteller und Antragsgegner des Normenkontrollverfahrens jeweils von der Richtigkeit ihres Rechtsstandpunktes in Bezug auf die Gültigkeit oder Ungültigkeit der angegriffenen Norm überzeugt sind, und weiter berücksichtigt, daß auf einer Seite ein Träger der Verwaltung steht, also eine Stelle, die hoheitliche Gewalt ausübt und vermöge dieser Gewalt dem Gegner von vornherein überlegen ist, so wird das dringende Bedürfnis nach Rechtsschutz - insbesondere auch vorläufigem Rechtsschutz - besonders klar. Es gilt zu verhindern, daß eine evtl. nichtige Norm ohne Rücksicht auf ein schwebendes Kontrollverfahren vollzogen, und so ein fait accompli geschaffen wird.

Dazu ist das Institut der e.AO das richtige Mittel. Die Beweggründe des vorläufigen richterlichen Einschreitens (Waffengleichheit der Verfahrensbeteiligten, Rechtsschutzgewährung und Erhaltung des Vertrauens in die Tätigkeit des Gerichts) entsprechen genau den verschiedenen Funktionen der Normenkontrolle. Es bleibt aber zu beachten, daß Notwendigkeit und Motivation ihres Einsatzes je nach den Zwecken der Normenkontrolle verschieden zu beurteilen sind.

1.) Normenkontrolle auf Antrag einer Person

Ist das Normenkontrollverfahren auf Grund eines Personalantrages in Gang gesetzt worden - hat es also Rechtsschutz u n d Beanstandungscharakter -, so kommen sämtliche aufgezählten Gesichtspunkte e.AOen zum Tragen.
Indem sie einen "Waffenstillstand" zwischen den Antragsgegnern erzwingen und den Eintritt von Nachteilen, die durch die Normenvollziehung entstehen könnten, verhindern, werden sie

der Rechtsschutzaufgabe der Normenkontrolle gerecht. Durch die Nichtanwendung der evtl. nichtigen Normen dienen sie aber gleichzeitig auch dem öffentlichen Interesse und dem Rechtsfrieden.
Auch die Funktion der Entscheidungssicherung durch e.AO ist für die Normenkontrollentscheidung nicht ohne Bedeutung. Zwar behält in einem abstrakten Verfahren, wie es die Normenkontrolle darstellt, die richterliche Spruchtätigkeit auch dann noch ihren Sinn, wenn der konkrete Sachverhalt, der das Verfahren auslöste, bis zur endgültigen Entscheidung durch das Gericht überholt ist und deshalb von der Rechtsentscheidung tatsächlich nicht mehr beeinflußt werden kann. Doch darf die zusätzliche Rechtsschutzaufgabe der Normenkontrolle nach § 47 VwGO nicht übersehen werden. Diese Schutzaufgabe kann bei einem "Zu-spät" der Entscheidung nicht mehr wahrgenommen werden. Wenn auch die Normenkontrollentscheidung ihre Beanstandungsfunktion erfüllt und deshalb die Sinnhaftigkeit der Entscheidungstätigkeit insgesamt nicht in Frage gestellt ist, so hat die verspätete Entscheidung neben einem nicht zu unterschätzenden Autoritätsverlust der Institution der Gerichtsbarkeit eine teilweise Nichterfüllung des gesetzlich vorgegebenen Verfahrenszwecks zur Folge. Ein Mangel, der sich nur über das Institut der e.AO beheben läßt.

Insgesamt besteht somit zwischen den einzelnen Anordnungsfunktionen und den Aufgaben der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ein Verhältnis gegenseitiger Ergänzung.

Besteht im Falle der Normenkontrolle auf Antrag einer natürlichen oder juristischen Person ein echter Funktionszusammenhang zwischen den Zwecken der Normenkontrolle und den Zwecken der e.AO, so gilt diese Feststellung nicht automatisch auch für den Fall einer Normenkontrolle auf Antrag einer Behörde. Für diese Alternative des § 47 Satz 2 VwGO ist eine gesonderte Untersuchung nötig.

2.) Normenkontrolle auf Antrag einer Behörde

Bringt eine Behörde das Normenkontrollverfahren in Gang, so entfällt - wie schon mehrmals ausgeführt - die Aufgabe des Individualrechtsschutzes. Die Normenkontrolle dient in diesem Falle dem prozeßökonomischen Zweck, eine Vielzahl von Einzelprozessen zu verhindern und als objektives Beanstandungsverfahren die Einheitlichkeit und Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung zu wahren.
Die Rechtsschutzfunktion der e.AO kann deshalb bei dieser Alternative des § 47 Satz 2 VwGO keine Rolle spielen. Bleibt die Frage, inwieweit den übrigen Gesichtspunkten der e.AO eine Bedeutung zukommt, inwieweit also die Funktionen der Friedens- und Entscheidungssicherung zur Zweckverwirklichung eines auf Prozeßökonomie abzielenden Beanstandungsverfahrens beitragen können.

Der Begriff der Friedenssicherung umfaßt nicht nur einen "Waffenstillstand" zum Schutz der am Verfahren Beteiligten, sondern auch die Bewahrung des Rechtsfriedens im öffentlichen Interesse. Unter diesem Aspekt kann diese Funktion der e.AO auch im Rahmen eines objektiven Beanstandungsverfahrens von Bedeutung sein. Dann nämlich, wenn die Aussetzung des Vollzugs einer evtl. nichtigen Norm zum gemeinen Wohl geboten erscheint. [15)]

---

15) Vgl. zu diesen Fällen die Gemeinwohljudikatur des BVerfG zu § 32 BVerfGG. BVerfGE 24, 367 (403): "Der abstrakte Rechtsbegriff des Gemeinwohls deckt eine Vielfalt von Sachverhalten und Zwecken; er bedarf daher der Konkretisierung im einzelnen Fall." Im einzelnen wurden von dem Gericht z.B. folgende Gemeinwohlgesichtspunkte herausgestellt:BVerfGE 1, 85 (86 ff.) finanzielle Mehrbelastung der öffentlichen Haushalte; BVerfGE 3, 267 (285 ff.) angedrohter Schulstreik, mögl. Wiederumschulung von Kindern; BVerfGE 6, 1 (4 ff.) nachhaltige Schäden für die Volkswirtschaft; BVerfGE 7, 367 (373), E 7, 374 (376 ff.), E 8, 42 (45), E 12, 36 (41) fundamentale Verfassungsprinzipien; aber auch Einzelgrundrechte, wie z.B. die Berufsfreiheit in BVerfGE 14, 153 f. oder beachtliche Rechtsunsicherheit in BVerfGE 11, 306 (309).
(Fortsetzung)

In einer solchen Situation kann die Friedenssicherung durch e.AO mit der Funktion der Entscheidungssicherung dieses Institutes zusammenfallen.
Obwohl - wie oben dargelegt wurde - der Funktion der Entscheidungssicherung bei Beanstandungsverfahren nicht die entscheidende Bedeutung zukommt wie etwa bei konkreten Rechtsschutzverfahren, so kann sie doch auch im Rahmen eines objektiven Normenbeanstandungsverfahrens wichtig werden. In bestimmten Ausnahmefällen ist eine rechtliche Regelung gerade des Sachverhalts, der die Normenkontrolle ausgelöst hat, im öffentlichen Interesse dringend geboten. So z.B., wenn eine Norm zum Gegenstand eines Normenkontrollverfahrens gemacht wird, die die Grundlage für eine einmalige, nicht wiederholbare Maßnahme abgeben und damit ihren Zweck erschöpfend erfüllt haben soll (Einzelfall-, Maßnahme- oder Datumsgesetz). In einem solchen Fall kann eine verspätete Entscheidung erheblich an Effektivität einbüßen, ja sogar ins Leere gehen.

Kann somit auch im Falle der zweiten Alternative des § 47 Satz 2 VwGO eine e.AO zur Friedens- und Entscheidungssicherung nötig sein, so darf mit Recht festgestellt werden, daß zwischen dem Institut der e.AO und der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle insgesamt ein Funktionszusammenhang besteht, der die Zulässigkeit e.AOen zur besseren Zweckverwirklichung der Normenkontrolle erzwingt. Bei dieser Sachlage ist die Urteilsgewalt der Oberverwaltungsgerichte (VGH) sinngemäß mit der Kompetenz zu vorläufigen Maßnahmen zu vervollständigen.

III. Keine Notwendigkeit der Anordnungskompetenz bei Ersetzungsmöglichkeit durch andere Institute

Dieses Ergebnis ließe sich jedoch durch den Nachweis widerle-

---

Fortsetzung:
Allgemein zu den Schwierigkeiten bei der normativen Konkretisierung des öffentl. Interesses: Häberle, Gemeinwohljudikatur und BVerfG, AöR 95 (1970), S. 86 ff. (90 ff.).

gen, daß die Kompetenz der vorläufigen Maßnahmen durch andere Institute des Verwaltungsprozeßrechts ausreichend ersetzt werden kann.

1.) Ersatz durch Beschleunigung des Verfahrens

Zuvörderst käme in diesem Zusammenhang eine Beschleunigung des Hauptsachverfahrens in Frage.
Auf diese Weise können jedoch nie alle Anordnungsfälle ausgeschlossen werden. Die Eigenart des ordnungsgemäßen gerichtsförmigen Verfahrens setzt einer beliebigen Temposteigerung der Verfahrensabwicklung deutliche Grenzen. So überaus erwünscht auch eine schnellere Rechtsprechung sein mag, die Richtigkeit der Entscheidung darf niemals durch überhastete Eile in Frage gestellt werden.
In der Steigerung des Prozeßtempos kann deshalb kein geeignetes Mittel gesehen werden, das die Anordnungsbefugnis im Grundsatz entbehrlich machen würde.

2.) Ersatz durch "Parteiverhaltenspflichten"

Für eine e.AO-Kompetenz bestünde auch dann kein Anlaß, wenn die am Normenkontrollverfahren beteiligten Antragsgegner durch ihr Verhalten während des Zustandes der rechtlichen Ungewißheit eines schwebenden Verfahrens den durch die vorläufigen Maßnahmen gewünschten Erfolg selbst herbeiführen würden.
Solche freiwilligen "Stillhaltepflichten" der Verfahrensbeteiligten versuchte Schüle [16] für die Streitigkeiten vor dem Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich zu begründen. Seiner Ansicht nach begrenzen zwei Gebote negativen Inhalts die Handlungsfreiheit der vor dem StGH um ihr Recht Kämpfenden. [17]
Zum einen bestünde eine sog. "Unterlassungspflicht", die den

16) Das Problem der einstweiligen Verfügung in der deutschen Reichsstaatsgerichtsbarkeit, Berlin 1932, S. 48 ff.

17) A.a.O. (Voranm.), S. 51 ff. und 53 ff.

Verfahrensbeteiligten verbiete, "irgendwelche Akte in Ansehung des den Gegenstand des Streites bildenden Rechtes oder Rechtsverhältnisses vorzunehmen, welche für den Fall eines gegnerischen Durchdringens die Ausführung des Urteils entweder völlig zunichte machen oder doch so wesentlich erschweren würde, daß der erstrittene Sieg für den gewinnenden Teil praktisch jeden Wert verlieren würde". Zum anderen eine "Pflicht zur Zurückhaltung", die es den Verfahrensbeteiligten verbiete, während des Verfahrens Handlungen vorzunehmen, die (lediglich) darauf abzielen oder geeignet sind, den Rechtsstreit zu verschärfen und die vorliegende Situation zu erschweren.
Zur Begründung seiner "Parteiverhaltenspflichten" führt Schüle aus, sie seien "Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, ... dessen Mißachtung jegliche Gerichtsbarkeit zur Erfolglosigkeit verurteile. [18] Die Richtigkeit seiner Auffassung sieht er - soweit Streitigkeiten aus dem bundesstaatlichen Bereich in Frage stehen - vor allem durch das "Rechtsprinzip der Bundesfreundlichkeit" bestätigt. [19]

Abgesehen von der - wohl negativ zu beantwortenden - Frage, ob Schüles Konstruktion auf andere Verfahren, insbesondere auf das verwaltungsgerichtliche Normenkontrollverfahren angewendet werden kann, sind Inhalt und Begründung der Parteiverhaltenspflichten doch sehr unbestimmt. Die Auffassung hat denn auch keine Anerkennung finden können. [20] Ohne im einzelnen auf die Argumentation Schüles eingehen zu müssen [21], kann festgestellt werden, daß auch im Falle der Existenz derartiger sanktionsloser Verhaltenspflichten die e.AO-Befugnis nicht

---

18) A.a.O. (Voranm. 16), S. 55/56.

19) A.a.O. (Voranm. 16), S. 58.

20) Abl. z.B.: Fuß, DÖV 1964, S. 37 ff.; Gebhardt, S. 42/43; Tüttenberg, S. 38.

21) Detaillierte Auseinandersetzungen finden sich bei den in der Voranmerkung angeführten Autoren a.a.O.

überflüssig wäre. [22] Es wäre "eine dekorative Illusion von den Parteien eine freiwillige Rücksichtnahme im Prozeß zu erwarten, die sie vorprozessual nicht aufzubringen bereit waren"[23]. Darüber hinaus wären solche Pflichten auch deshalb denkbar ungeeignet das Institut der e.AO zu ersetzen, weil Meinungsverschiedenheiten darüber, ob die Parteien die ungeschriebenen Spielregeln eingehalten haben oder nicht, letztlich doch nach einer gerichtlichen Entscheidung verlangen würden. [24]

3.) Ersatz durch aufschiebende Wirkung des Normenkontrollantrags

Das Rechtsinstitut der e.AO bleibt dann entbehrlich, wenn die Regelung der aufschiebenden Wirkung als lex spezialis eingreift. [25] Sollte der Normenkontrollantrag gemäß § 47 VwGO einen Suspensiveffekt auslösen, so wäre für e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren kein Platz. Widerspruch und Anfechtungsklage haben nach § 80 Abs. I, S.1 VwGO aufschiebende Wirkung. Wortlaut und Stellung der Vorschrift im Gesetz ergeben, daß die Vorschrift nur auf belastende Verwaltungsakte und deren Anfechtung anwendbar ist; nach allgemeiner Meinung ist eine unmittelbare Ausdehnung auf andere Klagearten ausgeschlossen. [26] Bliebe zu untersuchen, ob die Regelung des § 80 VwGO etwa im Wege der Analogie im Verfahren nach § 47 VwGO zur Anwendung kommen könnte.
Solche Analogie muß an der unterschiedlichen Interessenlage und an dem nicht vergleichbaren Normzweck von Anfechtungsklage und Normenkontrolle scheitern.

---

22) Schüle selbst (S. 61 ff.) gibt zu, daß seine Konstruktion nicht der Notwendigkeit e.Ven enthebt.

23) Gebhardt, S. 43.

24) Tüttenberg, S. 38.

25) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, III. und § 9, I., Anm. 226.

26) Z.B. Eyermann/Fröhler, § 123 Rdnr. 4; Redeker/von Oertzen, § 80 Rdnr. 2 und § 123 Rdnr. 1; Klotz, S. 187; Quaritsch, S. 222.

Aus der Vielzahl der Unterschiedlichkeiten sei hier nur der entscheidende Gegensatz besonders erwähnt: Die Anfechtungsklage richtet sich gegen einen angeblich rechtswidrigen belastenden V e r w a l t u n g s a k t , während mit dem Antrag auf Normenkontrolle die rein deklaratorische Feststellung der Ungültigkeit einer Rechts n o r m erstrebt wird.

Von den Unterschieden zwischen Norm und Einzelakt soll wiederum nur der in diesem Zusammenhang wichtigste Punkt erörtert werden: Ein Verwaltungsakt kann rechtmäßig, rechtswidrig oder nichtig sein, eine Rechtsnorm nur gültig oder ungültig (nichtig).
§ 80 VwGO geht nun gerade von der nur bei Verwaltungsakten möglichen Unterscheidung nichtiger und bloß fehlerhafter Akte aus [27] und beschränkt sich auf die letzteren.
Nur bei fehlerhaften Verwaltungsakten ist eine aufschiebende Wirksamkeit denkgesetzlich möglich. Denn nur, wenn die Fehlerhaftigkeit keine Nichtigkeit, sprich völlige Unwirksamkeit im Sinne eines rechtlichen nullums zur Folge hat, kann die vorauszusetzende Wirksamkeit beschränkt werden. Aufhebbarkeit bei grundsätzlicher Wirksamkeit des Aktes ist somit Grundvoraussetzung aufschiebender Wirkung. Bei einem rechtlichen nullum kann eben keine Vollzugshemmung eintreten. Demzufolge ist bei Normen, die entweder gültig oder nichtig, aber nie bloß aufhebbar sind, eine aufschiebende Wirkung nicht möglich: "Ist ... § 80 VwGO ... auf den nichtigen (unwirksamen) Akt nicht anwendbar, dann kann diese Vorschrift erst recht nicht im Verfahren, das der deklaratorischen Feststellung der Ungültigkeit einer Norm dient, analog angewandt werden." [28]
Lehre und Rechtsprechung vertreten deshalb zu Recht die Auffassung, der Antrag auf Überprüfung der Gültigkeit einer Norm habe keine aufschiebende Wirkung. [29]

---

27) Vgl. dazu und im folgenden: Klotz, S. 187.

28) Klotz, a.a.O. (Voranm.).

29) Bergmann, S. 59; Eyermann/Fröhler, § 47 Rdnr. 37; Klotz, S. 187 f.; Redeker/von Oertzen, § 47, Rdnr. 15; Stuttgart, ESVGH 1, 68 ff.

4.) Ersatz durch aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen den Normvollzug (Exkurs: Plan-Gesetze)

Das Institut der e.AO ist schließlich zur Zweckverwirklichung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens dann nicht notwendig, wenn die mit vorläufigen Regelungen zu erzielende Wirkung auch durch das Einlegen von Rechtsmitteln gegen den Vollzug der im Normenkontrollverfahren angegriffenen Norm erreicht werden kann.
Es ist somit zu fragen, ob die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Verwaltungsakte, die auf Grund der umstrittenen Norm erlassen werden, ausreicht, das Bedürfnis nach Ergänzung der Funktionen der Normenkontrolle durch die Funktionen der einstweiligen Anordnung zu befriedigen.

a) Aufschiebung des Normenvollzugs, keine Ergänzung der Normenkontrollfunktion

Das Normenkontrollverfahren schließt die Anfechtungsklage nicht aus. [30] Ist beispielsweise bereits während der Dauer des Normenkontrollverfahrens ein Verwaltungsakt auf Grund der angegriffenen Norm erlassen worden, so kann Anfechtungsklage erhoben werden mit der Folge des Suspensiveffektes gemäß § 80 VwGO.

Es erscheint jedoch prozessual unökonomisch, den Antragsteller im Normenkontrollverfahren wegen des vorläufigen Rechtsschutzes mit ein und derselben Rechtsfrage an ein zweites Gericht zu verweisen. Das mit der Anfechtungsklage angegangene Gericht prüft die Rechtsgültigkeit der zu Grunde liegenden Norm genauso, nur incidenter, wie das Oberverwaltungsgericht (VGH) im Normenkontrollverfahren. Im Sinne einer ö k o n o -

30) Bergmann, S. 53 f.; Quaritsch, S. 363.

m i s c h e n P r o z e ß g e s t a l t u n g , wie sie § 47 VwGO anstrebt, liegt dies jedenfalls nicht.

Gleichzeitig gilt es aber, die Möglichkeit unterschiedlicher Entscheidungen der beiden mit derselben Rechtsfrage befaßten Gerichte in die Überlegungen einzubeziehen. [31] Eine Tatsache, die die B e a n s t a n d u n g s f u n k t i o n der Normenkontrolle insofern negativ berührt, als damit eines der erklärten Ziele der Normenkontrolle in Frage gestellt wird: Die Erhaltung der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit. [32]

Trägt der bei Anfechtung der Normvollziehung eintretende Suspensiveffekt somit nicht zur größeren Effektivität der Beanstandungsfunktion bei, so bleibt des weiteren festzustellen, ob durch dieses Prozeßinstitut vielleicht etwa die Funktion der Friedens- und Entscheidungssicherung im Normenkontrollverfahren ersetzt werden könnte.

Dazu muß gesagt werden, daß die im öffentlichen Interesse zu verhindernde Anwendung einer evtl. nichtigen Norm überhaupt eine Voraussetzung des Eintritts des Suspensiveffektes darstellen würde.
Genauso wenig wie auf diesem Wege die Friedenssicherung im öffentlichen Interesse durchgeführt werden kann, kann die Friedenssicherungs- und Entscheidungssicherungsfunktion einstweiliger Anordnungen im subjektiven Bereich der Normenkontrolle ersetzt werden.

---

31) Nur wenn das OVG (VGH) zuerst entscheidet und die Gültigkeit der Vorschrift verneint, ist wegen der Allgemeinverbindlichkeit dieser Entscheidung gem. § 47 S.4 VwGO diese Gefahr nicht vorhanden.

32) Widersprechende Entscheidungen sind vor allem auch dann zu erwarten, wenn auf Grund einer Norm, eine Vielzahl von Vollzugsakten erlassen und auch angefochten wird. In einem solchen Fall kann die Aufgabe der NK bzgl. der Rechtssicherheit nur im Wege einer generellen Vollzugsaussetzung durch e.AO gesichert werden. Vgl. hinten: 4. Abschn., § 16, IV., 2. b).

Hinsichtlich der Rechtsschutzfunktion des Verfahrens nach § 47 VwGO könnte eine Beschränkung des Rechtsschutzes auf Akte des Normvollzugs nur dann gerechtfertigt sein, wenn über die Anfechtbarkeit dieser Verwaltungsakte und der damit verbundenen aufschiebenden Wirkung ein vollwertiger Rechtsschutz verbürgt würde.
Das wäre dann der Fall, wenn dem Normerlaß stets ein Normvollzug zu folgen hätte und wegen dieser Zweistufigkeit der Rechtsverwirklichung eine Rechtsverletzung nur durch die Vollzugsakte eintreten könnte.
Eine solche Auffassung mag früher vertretbar gewesen sein; mittlerweile hat sich die "Prämisse, daß jede Norm zur Entfaltung ihrer Rechtserheblichkeit auf einen Vollzugsakt angewiesen ist, als unzutreffend erwiesen". [33] Es gibt heute eine ganze Reihe von Rechtsnormen, die schon kraft ihrer Geltung in solcher Weise in den Rechtskreis des einzelnen einwirken, daß dadurch ohne ein weiteres Dazwischentreten der Verwaltung Rechtsverletzungen eintreten können. Wenn aber normative Regelungen unmittelbar "kraft Gesetzes" Rechte gewähren, Gebote auferlegen und Verbote aussprechen können, also überhaupt keines Vollzugs mehr bedürfen [34], muß der Verweis auf Widerspruch und Anfechtungsklage gegen die Vollzugsakte als unzureichend und unzumutbar angesehen werden.

Beispiele solcher Regelungen sind etwa die generelle Untersagung gewerblicher Tätigkeiten, Gemeindesatzungen mit Anschluß- und Benutzungszwang, die Festsetzung von Landschaftsschutz- bzw. Wasserschutzgebieten, wie überhaupt die Vielzahl

---

33) Obermayer, Verfassungsrechtliche Aspekte, DVBl. 1965, S.627.

34) Vgl. Obermayer, a.a.O. (Voranm.); ders., VVDStRL 18, S. 144 ff., (163); ders. Grundzüge, S. 53; Guthardt-Schulz, S. 52; Maurer, S. 281; Bartlsperger, S. 369; Bachof, AöR 86, S. 186 ff. (189 f.); Brohm, S. 61; Hoppe, DVBl. 1964, S. 165 ff. (173); Blümel, Festg.für Forsthoff, S. 133 ff. (143).

der P l ä n e , die in letzter Zeit Eingang in das Verwaltungsrecht gefunden haben.
Speziell am Beispiel dieser besonders markanten Erscheinungen des modernen Verwaltungsstaates läßt sich gut verdeutlichen, daß die Anfechtungsklage gegen die Normvollziehung mit ihrem Suspensiveffekt in keiner Weise die Funktionen e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren ersetzen kann.

b) Beispiel der "Vollzugsnormen". (Exkurs: Plan-Gesetze)

Die Veränderung der sozialen Wirklichkeit hat die Aufgaben des modernen Staates - wie in der Einleitung dieser Arbeit schon betont worden ist - erheblich gewandelt und vermehrt. Mehr und mehr zu lenkenden und planenden Maßnahmen gedrängt, hat der Gesetzgeber zu neuen, zweckmäßigen Äußerungsformen gegriffen. Der in Gesetzesform verkündete P l a n [35] bietet hierfür ein typisches Beispiel.
Wenn die in den letzten Jahren auf das Verwaltungsrecht zugekommenen Planungsgesetze [36] sich auch nur sehr unvollkommen in die traditionelle Unterscheidung von Verwaltungsakt und Rechtsnorm einordnen lassen, so hat sie die ganz h.M. doch als Rechtsnormen qualifiziert [37] und als " V o l l z u g s -

---

35) Vgl. zu diesem Fragenkreis: Berichte von Imboden und Obermayer, Der Plan als verwaltungsrechtliches Institut, VVDStRL Heft 18, (1960), S. 113-143, bzw. S. 144-175, sowie die anschl. Diskussion auf der Staatsrechtlehrertagung in Erlangen vom 7.10.-9.10.1959, S. 176 ff.; Konrad Huber, Maßnahmegesetz und Rechtsgesetz, Berlin, 1963, S. 83 ff.; Forsthoff, Norm und Verwaltungsakt im geltenden und künftigen Baurecht, DVBl. 1957, S. 113 ff.; ders., Lehrbuch, 9. Aufl., 1966, S. 194 ff.; Wolff VwR I (7. Aufl.), S.315ff.; Kaiser, Planung, Bd.I, 1965, Bd.II, 1966, mit Beiträgen verschiedener Autoren; Ernst, Der Plan im Verwaltungsrecht, DVBl. 1960, S. 344 ff.; Werner, Zur Kritik an der Verwaltungsgerichtsbarkeit, DVBl. 1957, S. 224 ff., (225); vgl. auch Brohm, Rechtsschutz im Bauplanungsrecht, Stuttgart, 1959, insbes. S. 52 ff.; Blümel, Festg.f. Forsthoff, Raumplanung, Vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, S. 133 ff.; Bartlsperger, Die Bauleitplanung als Reservat des Verwaltungsstaates, DVBl. 67, 360 ff.

36) Die allerdings nicht ohne historische Vorgänger sind, vgl. zur Geschichte der Plangesetze: Huber, a.a.O., (Voranm.) S. 83 ff.; auch Ernst, a.a.O. (Voranm.) S. 344.

n o r m " bezeichnet. Den damit zum Ausdruck gebrachten Unterschied zur Norm herkömmlichen Typs hat Huber treffend formuliert: "Der Plan intendiert Verwirklichung, die Norm nicht ... Der Plan ist ... auf Vollzug angelegt, sein Zweck ist, erfüllt zu werden und nicht, zu gelten". [38] [39]

Ist es typisch für einen Plan, daß er seinen Vollzug bis in alle Einzelheiten vorwegnimmt, ist er also eine "Summe vorweggenommener Einzelentscheidungen" [40], so wird aus dieser seiner Rechtsnatur verständlich, daß er wegen seiner Konkretheit die Rechtspositionen der einzelnen Bürger völlig unabhängig von Vollzugsakten betreffen kann.

Besonders deutlich zeigt sich dies bei den Bebauungsplänen [41] von denen der BW VGH gesagt hat, sie wirken "überwiegend unmittelbar rechtsgestaltend". [42] Ihr Vollzugscharakter kommt darin zum Ausdruck, daß sie die Vollzugsakte bis ins einzelne

---

37) Tatsächlich sind Pläne weder VA noch Rechtsnormen, sondern stehen in differenzierender Eigenart zwischen beiden. Vgl. insbes. Forsthoff a.a.O., (Voranm. 35).

38) Huber, S. 92, aber auch schon Brohm, S. 52 ff. (59 f.), sprachen von Vollzugsnormen. Ähnlich H.J. Kaiser, Planung I S. 32 und Planung II, S. 18 (m.FN 31), S. 25 ff.; vgl. auch Bartlsperger, S. 369.

39) Huber, S. 91.

40) Werner, S. 225.

41) Der Bebauungsplan steht an dieser Stelle nur als das, allerdings wichtigste, Beispiel einer ganzen Reihe von Raumordnungsplänen. Vgl. die Übersicht bei Blümel, Das Zusammentreffen von Planfeststellungen, DVBl. 1960, S. 697 ff. (698 ff.), und vor allem die Übersicht bei Huber, S. 84, FN 10.
Allgemein zu den Problemen des Bebauungsplanes als Vollzugsnorm, vgl.: Brohm, S. 52 ff.; Blümel DÖV 1965, S. 297ff.; ders., Raumordnung, Festg.f. Forsthoff, S. 133 ff. (insbes. S. 143 ff. u. 160 f.); Bachof, AöR 86, S. 189 ff.; Bartlsperger, DVBl. 1967, S. 369; BW VGH, ESVGH 16, 21 (22 ff.); vgl. neuerdings auch OVG Berlin v. 8.5.1970, JR 1970, S. 394 ff. (395).

42) BW VGH, ESVGH 16, 21 (22) = DVBl. 1966, S. 827 (828).

genau festlegen, sodaß mit ihrer Feststellung faktisch schon das Ergebnis, nämlich das zukünftige Städtebild, fertig vor Augen steht. [43]

Der noch ergehende Vollzugsakt verliert somit seine selbständige Bedeutung, sein ihm eigenes Gewicht. Weil er im Plan bereits für die vollziehende Behörde verbindlich festgelegt ist, hat er auch vor seiner Vollziehung schon unmittelbare (zumindest wirtschaftliche) Auswirkungen auf die betroffenen Grundstücke; denn schon aus dem Plan ergibt sich bereits verbindlich der Grad und das Ausmaß der Bebaubarkeit.
In Einzelfällen wird auf diese Weise dem Vollzugsakt jegliche Eigenbedeutung genommen, sodaß sich unter Umständen verschiedene Festsetzungen des Bebauungsplanes völlig unabhängig von irgendwie gearteten Vollzugs- oder Anwendungsakten [44] auswirken können.

c) Ergebnis

Pläne, insbesondere Bebauungspläne, sind zwar deutliche aber nicht die einzigen Beispiele solcher Art. Es finden sich auch sonst - gerade auch in dem hier interessierenden Bereich der untergesetzlichen Rechtsverordnungen und Satzungen - Rechtsnormen, hinsichtlich derer der Verweis auf die Anfechtbarkeit des Vollzugsaktes für Rechtsschutzzwecke nicht ausreichend oder unzumutbar ist. [45]

Nach diesem Exkurs in das Planungsrecht kann zusammenfassend festgestellt werden, daß die aufschiebende Wirkung der Anfech-

---

43) Brohm, S. 60.

44) Ein ausführliches Beispiel behandelt Maurer, S. 282. (Grünflächenausweisung für Grundstück, dessen Eigentümer nicht bauen, sondern als Baugrund verkaufen will.

45) Vgl. etwa den Fall der Gemeindesatzung mit Benutzungszwang, der in Form eines Schlachthofbenutzungszwangs das BVerwG beschäftigt hat, BVerwG DÖV, 1965, S. 169.

tungsklage gegen den Normvollzug kein Ersatz für die e.AO im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens darstellt. Sowohl die Beanstandungsfunktion mit dem zusätzlichen Zweck der ökonomischen Prozeßgestaltung, als auch die Rechtsschutzfunktion können hinsichtlich ihrer vollständigen Zweckverwirklichung nur durch die Funktionen des Instituts der e.AO, nicht aber durch den mit der Anfechtung des Normvollzugs eintretenden Suspensiveffekt ergänzt werden.

§ 13 Vollständige Zweckverwirklichung der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle mit Hilfe einstweiliger Anordnungen

Die teleologische Interpretation der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle und der e.AO hat über die rechtspolitische Zwecksetzung der beiden Institute zu der Erkenntnis eines echten "Funktionszusammenhangs" geführt und die Notwendigkeit eines Zusammenwirkens der beiderseitigen Ordnungsaufgaben offengelegt.
Objektive Rechtskontrolle und Rechtsschutzgewährung durch verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle ist nur dann lückenlos gewährleistet, wenn in diesem Verfahren die e.AO-Funktionen der Friedens- und Entscheidungssicherung, sowie der Rechtsschutzvervollständigung unterstützend herangezogen werden können.

Diese Aufgaben der e.AO können auch nicht durch andere prozeßrechtliche Institute wahrgenommen werden. Weder die Beschleunigung des Normenkontrollverfahrens, noch das Institut der aufschiebenden Wirkung oder Parteiverhaltenspflichten können die Funktion der e.AO im Normenkontrollverfahren ersetzen. Am Beispiel der sogenannten "Vollzugsnormen" ist insbesondere der der AO-Befugnis innewohnende Rechtsschutzaspekt als nicht ersetzbar erkannt worden.

Die vorliegende Notwendigkeit, e.AO-Befugnis im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ist nicht ohne Einfluß auf die Frage ihrer rechtlichen Zulässigkeit.

Nachdem alle die Gesichtspunkte, die gegen den Gebrauch vorläufiger Maßnahmen durch den Richter des Normenkontrollverfahrens sprechen, erörtert und als unzutreffend erkannt worden sind, kommt der Tatsache, daß die Normenkontrolle zu ihrer vollständigen Zweckverwirklichung in bestimmten Fällen der Unterstützung durch e.AOen bedarf, sogar entscheidende Bedeutung zu.

Kann nämlich die prozessuale Ordnungsaufgabe des Instituts der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle mit Hilfe e.AOen besser und sicherer erfüllt werden, entspricht also die Zulässigkeit richterlicher e.AO-Befugnis dem gesamten Sinn und Wesen dieser Gerichtsbarkeit, so steht der Mangel einer ausdrücklichen positiv-rechtlichen Grundlage nicht entgegen.

Das Institut der e.AO ist somit im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren - sowohl bei Antragstellung durch Personen als auch durch Behörden - grundsätzlich zulässig. Seine rechtliche Rechtfertigung liegt in Wesen und Zweck - der Teleologie - beider Institute begründet.

Vierter Abschnitt

Rechtliche Ausgestaltung der einstweiligen Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren

§ 14 Vorbemerkungen

Nachdem die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren dem Sinn und Zweck dieser Institute entsprechend bejaht worden ist, bleibt zu klären, unter welchen konkreten Voraussetzungen die Anordnungen im Einzelfall ergehen können. Dabei wird zu untersuchen sein, ob und inwieweit die verwaltungsgerichtliche e.AO nach § 123 VwGO entsprechend herangezogen werden kann, oder, ob auf Grundsätze zurückgegriffen werden muß, die in anderen Verfahrensordnungen entwickelt worden sind.

Dieses Vorgehen erscheint methodisch am folgerichtigsten. Die Erkenntnis, daß selbst ohne irgendeine gesetzliche Grundlage e.AOen im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO zulässig sein müssen, eröffnet erst recht die Möglichkeit, vorhandene gesetzliche Regelungen, die zur Zweckverwirklichung der Normenkontrolle geeignet erscheinen, zu berücksichtigen, bzw. analog anzuwenden. Ein Schritt der durchaus erforderlich ist: Wenn die e.AOen auch in den verschiedenen Verfahren die gleichen Funktionen erfüllen, nämlich Friedenssicherung, Entscheidungssicherung und Rechtsschutzgewährung, so darf nicht übersehen werden, daß der Schwerpunkt dieser Zwecksetzung je nach Verfahrensart verschieden gelagert sein kann. Während im zivil- und verwaltungsprozessualen Streitverfahren die Funktion der Entscheidungssicherung in Verbindung mit der Rechtsschutzgewährung im Vordergrund steht, treten in den verfassungsgerichtlichen Verfahren, die Verfassungsbeschwerde eingeschlossen [1], diese Gesichtspunkte hinter der Funktion der

1) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, VI., 3. b) bei Anm. 202.

"Friedenssicherung im allgemeinen öffentlichen Interesse" zurück. Die unterschiedliche Schwerpunktverteilung der Anordnungsfunktionen findet notwendigerweise in der tatbestandlichen Ausgestaltung des Instituts innerhalb der verschiedenen Verfahrensordnungen ihren Niederschlag. So sind die Tatbestände der verwaltungsgerichtlichen und verfassungsgerichtlichen Anordnungsbefugnis (§§ 123 Abs. I VwGO und 32 Abs. I BVerfGG) - obwohl sie beide gleichermaßen den zivilprozessualen Regeln der e.V nachempfunden sind - unterschiedlich ausgestaltet. Der in § 32 BVerfGG zusätzlich enthaltene Gesichtspunkt des bei der Anordnung zu berücksichtigenden "gemeinen Wohls" begründet wesentliche Unterschiede bezüglich der Voraussetzungen und Rechtsfolgen beider Regelungen, die letztlich auf die unterschiedliche Zwecksetzung der Verfahren zurückzuführen sind. So ist § 32 BVerfGG für Verfahren geschaffen worden, die in erster Linie nicht dem Individualrechtsschutz, sondern der Aufrechterhaltung der objektiven verfassungsmäßigen Ordnung dienen. § 123 VwGO dagegen ist mit dem allgemeinen Verwaltungsprozeß einem Verfahren zugeordnet, das primär und vor allem dem Schutz subjektiver Rechte dienen will. Folgerichtig steht dieser Rechtsschutzaspekt auch bei der Regelung des § 123 VwGO im Vordergrund [2], während § 32 BVerfGG insoweit keine primäre Aufgabenstellung beinhaltet.
Sind diese unterschiedlichen Regelungen auch nichts anderes als verschiedene Ausprägungen ein und desselben Instituts, so sind gerade diese spezifischen Ausgestaltungen als Konkretisierung der allgemeinen Anordnungsbefugnis in der jeweiligen Verfahrensart die letztlich entscheidenden Erscheinungs-

---

2) Das folgt auch schon daraus, daß - wie Klein/Kupfer, S. 76, richtig feststellen - dieses Verfahren an die Stelle des seinerseits durch die verfassungsrechtliche Gewährleistung eines effektiven Rechtsschutzes geforderten Suspensiveffektes (§ 80 VwGO) tritt, wo dieser nicht eingreift. Zur verfassungsrechtl. Gewähr des SE vgl. BVerwGE 1, 11 ff.; Bay VGH VerwRspr. 10, S. 1018 (1022); ferner Quaritsch, S. 219 ff.

formen des Instituts. Damit steht fest, daß die Frage nach der konkreten Ausgestaltung des Instituts im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nicht pauschal für das gesamte Verfahren beantwortet werden kann, sondern, daß nach den in § 47 VwGO enthaltenen Verfahrenszwecken differenziert werden muß.

Ob man die Anordnungsbefugnis vom Blickpunkt der am Normenkontrollverfahren Beteiligten her als vorläufige Anordnung des Gerichts zur Vermeidung von Rechtsnachteilen für den Antragsteller sieht - also die Form des § 123 Abs. I VwGO für zutreffend hält - oder, ob man die Anordnungsbefugnis objektiv als Mittel betrachtet, die Stellung der Oberverwaltungsgerichte (VGH) als Hüter der unterlandesgesetzlichen Rechtsordnung zu sichern - also die zu § 32 BVerfGG entwickelten Grundsätze heranziehen will -, kann nur nach den beiden Alternativen des § 47 S. 2 VwGO getrennt entschieden werden. Die e.AO im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren ist der Zweckbestimmung dieser Alternativen zugeordnet. [3)]

---

3) Spätestens an dieser Stelle wird klar, warum die Untersuchung nicht von Anfang an auf die Frage der analogen Anwendung von § 123 VwGO konzentriert werden konnte: Damit wären alle die Modifikationen vorläufiger Regelungsbefugnis außer Betracht geblieben, deren Schwerpunkte nicht auf der Rechtsschutzfunktion liegen. Die dem reinen Beanstandungszweck der NK auf Behördenantrag entsprechende Form der e.AO wäre aus der Untersuchung ausgeschieden worden.

§ 15 Voraussetzungen der einstweiligen Anordnung im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren

I. Voraussetzungen im Normenkontrollverfahren auf Individualantrag (§ 47 S. 2, 1. Alternative VwGO)

Sinn und Zweck der beiden Alternativen des § 47 S. 2 VwGO sind im Rahmen dieser Untersuchung schon erarbeitet und wiederholt herausgestellt worden. Bei der 1. Alternative der Vorschrift, der Normenkontrolle auf Antrag natürlicher oder juristischer Personen, ist dies die Kombination einer objektiven Rechtskontrolle mit der Gewährung subjektiven Rechtsschutzes.[4] Auf diesen doppelten Zweck des Verfahrens ist die Ausgestaltung der Anordnungsbefugnis im einzelnen abzustellen. Neben der Rechtsschutzfunktion, der Friedens- und Entscheidungssicherung im privaten Interesse muß also auch die Funktion der Friedens- und Entscheidungssicherung im öffentlichen Interesse bei der Ausformung des Instituts betont werden.

In erster Linie bietet sich in diesem Zusammenhang die gesetzliche Regelung der richterlichen Interimsmacht im verwaltungsgerichtlichen Verfahren, dem auch die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle zugehört, als einschlägige Regelung an.

1.) Die Voraussetzungen nach § 123 VwGO und die Zweckkombination des § 47 S. 2, 1. Alternative VwGO

Bevor auf die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 123 VwGO näher eingegangen werden kann, gilt es kurz zurückzublenden und daran zu erinnern, daß sämtliche, gegen die Zulässigkeit e.AOen auf der Grundlage dieser Norm vorgebrachten Bedenken zerstreut werden konnten. Insbesondere läßt der Wortlaut dieser Vorschrift (Streitgegenstand, streitiges Rechtsverhältnis[5]

---

4) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, VI., 4.).

5) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, I.

eine entsprechende Ausdehnung des Geltungsbereiches auf die verwaltungsgerichtliche Normenkontrolle zu. Die insbesondere vom I. und IV. Senat des BW VGH und Klotz vertretene analoge Anwendung des § 123 VwGO Abs. I, S. 2 [6] konnte aber mangels einer überzeugenden Begründung dieser Analogie nicht befriedigen [7]. Anstatt die erforderliche "rechtliche Ähnlichkeitsbewertung" der Anordnungsbefugnis im allgemeinen Verwaltungsprozeß und im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren in den Vordergrund zu stellen, also von der Teleologie des Gesetzes auszugehen, wurde eine begriffsjuristische Lösung versucht, die mit dem Nachweis von "Rechtsverhältnissen" im Normenkontrollverfahren die Anwendbarkeit des § 123 VwGO auch in diesem Verfahren begründet sah.
Konnte diese Argumentation auch nicht völlig überzeugen, so war mit ihr doch der im Prinzip richtige Lösungsansatz aufgezeigt worden. Es mußte eine rechtliche Ähnlichkeitsbewertung aufgrund der ratio der in Frage stehenden Institute vorgenommen werden. Dabei war nach der unterschiedlichen Zwecksetzung der beiden in § 47 S. 2 VwGO enthaltenen Alternativen zu differenzieren. Im Verlaufe dieser Untersuchung zeigte sich, daß e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren zwar generell zulässig sein müssen, deren konkrete Ausgestaltung aber den verschiedenen in § 47 VwGO enthaltenen Verfahrenszwecken entsprechend, unterschiedlich zu beurteilen ist.
An diesem Punkt der Untersuchung angelangt, ist nun die Fra-

---

6) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 9, IV., 1.).

7) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 9, IV., 2.).

8) Bei diesem Stand der Erkenntnisse zeigt sich, daß die vom BW VGH und Klotz versuchte pauschale Analogie zu § 123 VwGO (2. Abschn. § 9, IV.) auch bei konsequenter Durchführung des Gedankenganges nicht zum Erfolg führen könnte. Die unterschiedliche Interessenlage in NKV auf Antrag einer Person und auf Antrag einer Behörde kann bei solchem Vorgehen nicht berücksichtigt werden.

ge nach der konkreten Ausgestaltung der e.AO-Befugnis im Normenkontrollverfahren auf Antrag einer Person zu stellen und zu prüfen, ob die Ausformung des Instituts wie sie in § 123 VwGO vorgegeben ist, übernommen werden kann.

Soweit die Rechtsschutzfunktion der Normenkontrolle nach § 47 S. 2, 1. Alternative in Frage steht, bereitet es keinerlei Schwierigkeit, eine Ähnlichkeit der Interessenlage beider Vorschriften festzustellen. Sowohl die Normenkontrolle nach § 47 S. 2, 1. Alternative VwGO, als auch die e.AO nach § 123 Abs. I VwGO [9] nehmen ihren Ausgang von einem in absehbarer Zeit zu erwartenden individuellen Nachteil des Antragstellers, sodaß insoweit ein deutlicher Zusammenhang und eine rechtlich relevante Ähnlichkeit beider Normzwecke bejaht werden kann. [10]

Problematisch ist die Ausgangsfrage jedoch in Bezug auf die Beanstandungsfunktion der Normenkontrolle auf Individualantrag.
Die e.AO im allgemeinen Verwaltungsprozeß ist, wie das Verwaltungsverfahren selbst, eindeutig auf den Schutz individueller Rechte zugeschnitten. Dementsprechend ist bei der Ausgestaltung der Anordnungsbefugnis der Rechtsschutzfunktion des Instituts eine überragende Bedeutung zuerkannt worden, sodaß § 123 VwGO keinen Bezug zu der Beanstandungsfunktion der Normenkontrolle zu haben scheint. Diese Form e.AO-Befugnis erscheint also dem doppelten Zweck des Verfahrens nach § 47 S.2, 1. Alternative VwGO nicht gerecht zu werden.

Bei der Betrachtung der verwaltungsgerichtlichen e.AO nach § 123 VwGO darf jedoch nicht übersehen werden, daß neben dem

---

9) § 123 Abs. I, S. 1 und S. 2 VwGO werden im folgenden mit Obermayer (Gedächtnisschr., S. 883) zu einem Tatbestand zusammengefaßt. Vgl. dazu 2. Abschn., § 9, IV., 2.) b), Anm. 304.

10) Vgl. auch Quaritsch, S. 366.

- sicherlich primären - Rechtsschutzaspekt, den diese Regelung beinhaltet, auch objektive Kriterien dem Verfahren nicht unbedingt fremd sind.

Nach ganz überwiegender Auffassung [11] ist bei Erlaß e.AOen gemäß § 123 VwGO neben den tatbestandlich fixierten Voraussetzungen auch ein eventuell dem Rechtsschutzverlangen des einzelnen entgegenstehendes öffentliches Interesse zu berücksichtigen. Auch im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsprozesse ist eine vorläufige Regelung nur dann "nötig" im Sinne des Satzes 2 von § 123 Abs. I VwGO, wenn sie bei Abwägung der Belange der Öffentlichkeit und der Einzelantragsteller "unumgänglich" ist, um letztere gegen wesentliche Nachteile zu schützen.

Solcher Abwägung privater und öffentlicher Interessen im Rahmen des § 123 ist zuzustimmen. Ihre Berechtigung findet sie in dem Erfordernis der "notwendigen" Maßnahme, um wesentliche Nachteile vom Antragsteller abzuwenden und stellt ganz allgemein ein unabdingbares Regulativ jeder hoheitlichen Tätigkeit im öffentlich-rechtlichen Bereich dar. Das öffentliche Interesse ist der zentrale Begriff des Verwaltungsrechts; [12] in ihm findet jede hoheitliche Tätigkeit ihre Ermächtigung und ihre Schranke [13].

---

11) Rspr.: Bay VGH, BayVBl. 1961, S. 60; BW VGH GewArch. 1961, S. 203 (205); VerwRspr. 11, 1031; ESVGH 16, 102 (104) = VerwRspr. 18, 502 (506); OVG Münster, VerwRspr. 9, 562; DVBl. 1964, S. 122 (123); OVG Lüneburg, VerwRspr. 9, 881; VerwRspr. 15, 895 f.; OVG Bremen, NJW 1963, S. 1842 m.abl. Anm.v. Czermak in NJW 1964, S. 122; Hess. VGH VerwRspr. 11, 876; VerwRspr. 12, 118; DÖV 1964, 783 m.krit.Anm.v. Menger in VerwArch. 56, 192; DÖV 1970, 99 ff.; DÖV 1970, S. 100 ff.
Lit.: Eyermann/Fröhler § 123 Rdnr. 7; Klinger, S. 561 + 563; Knoll, S. 104; Obermayer, Gedächtnisschr., S. 883; Quaritsch, S. 370 f.; Rambeck, S. 1333; Rohmeyer, S. 185; Ule, VPR, S. 252; Wieseler, S. 195; einschränkend aber Redeker/von Oertzen, § 123 Rdnr. 17.

12) Zum Begriff des öffentlichen Interesses: Hans-Julius Wolff, VwR I, § 29 III und IV; vgl. auch Wieseler, S. 53.

13) Wolff, a.a.O. (Voranm.).

Auch die gerichtliche einstweilige Anordnung, die ja unmittelbar in den Verwaltungsbereich hineinwirkt, kann kein Verhalten aufgeben, "das dem öffentlichen Interesse zuwiderliefe und deshalb verwaltungsfremd wäre. Insoweit läßt sich auch der Gedanke verwerten, das Verwaltungsgericht dürfe der Behörde nicht eine gesetzliche verbotene Maßnahme gebieten". [14] Überlegungen, die im Bereich des vorläufigen Rechtsschutzes auch ihren Niederschlag im Gesetz gefunden haben. Gem. § 80 Abs. I VwGO tritt kraft Gesetzes die aufschiebende Wirkung von Widerspruch und Anfechtungsklage ein, außer wenn sie im öffentlichen Interesse nach § 80 Abs. II VwGO ausgeschlossen ist, weil das Gemeinwohl die sofortige Verwirklichung des Hoheitsaktes verlangt. In diesen Fällen kann der Suspensiveffekt jedoch gemäß § 80 Abs. IV und V VwGO dann hergestellt werden, wenn das Einzelinteresse ausnahmsweise das vom Gesetzgeber vermutete öffentliche Interesse [15] überwiegt. Da der Suspensiveffekt als "besonderer, verselbständigter Anwendungsfall der e.AO für den Bereich der Anfechtungsklage"[16] zu sehen ist, kann die im Rahmen des § 80 VwGO gesetzlich vorgeschriebene Abwägung öffentlicher und privater Interessen mit gutem Grund auch bei § 123 VwGO gefordert werden.
Solche Interessenabwägung ist aber nicht nur bei dem Institut der verwaltungsgerichtlichen e.AO bekannt. Auch den Entscheidungen der Verfassungsgerichte liegen ähnliche Erwägungen zugrunde, wenn sie vor Erlaß einer einstweiligen Anordnung die Folgen der Anordnung mit denen des Nichterlasses vergleichen.[17] Neuerdings ist sogar im Zivilrecht der Erlaß e.V von dem Ergebnis der Abwägung der Nachteile des Gläubigers mit denen des Schuldners abhängig gemacht worden. [18]

14) Quaritsch, S. 371 m.w.N.

15) So Redeker/von Oertzen, § 80 Rdnr. 37.

16) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, III., Anm. 66.

17) Vgl. dazu hinten: 4. Abschn., § 15, I., 2.), a).

18) Vgl. etwa: OLG München, NJW 1965, S. 2161; Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 940 Anm. 2 B.

In Anbetracht dieser Rechtslage bestehen keine Bedenken auch im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen e.AO eine Interessenabwägung vorzunehmen und die Abwägung der privaten Interessen gegen das Gemeinwohl als ungeschriebenes Tatbestandsmerkmal des § 123 Abs. I VwGO anzuerkennen.

Ja, man kann sogar weiter gehen und mit Wieseler [19] die Auffassung teilen, daß die Interessenabwägung ein allgemeines Wesensmerkmal jeglichen vorläufigen Rechtsschutzes darstellt.

Diese Interessenabwägung ist die Einbruchstelle, durch die objektive Gesichtspunkte in das ansonsten subjektive vorläufige Rechtsschutzverfahren der verwaltungsgerichtlichen e.AO einfließen. Damit ist die Möglichkeit eröffnet, diese Form der Anordnungsbefugnis dem objektiven Beanstandungszweck der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 S. 2, 1. Alternative dienstbar zu machen. Die objektive Rechtskontrolle dient der Gewährleistung der allgemeinen Richtigkeit der Rechtsordnung und der Rechtssicherheit, damit also letztlich dem öffentlichen Interesse; demselben öffentlichen Interesse an dem das jeweilige private Rechtsschutzverlangen im Rahmen des § 123 VwGO zu messen ist. Da sich in diesem Kriterium sowohl Zwecke der e.AO nach § 123 VwGO als auch Zwecke des Verfahrens gem. § 47 S. 2, 1. Alternative VwGO treffen, ergänzt die in der Interessenabwägung bei § 123 VwGO zum Ausdruck kommende Anordnungsfunktion der Friedens- und Entscheidungssicherung im öffentlichen Interesse die mit § 47 S. 2, 1. Alt. VwGO verfolgte Beanstandungsfunktion.
Das bedeutet, daß die primär auf Individualrechtsschutz zugeschnittene gesetzliche Ausformung der e.AO-Befugnis des § 123 VwGO auch dem Beanstandungszweck der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle gerecht werden kann.
Im Endergebnis kann somit die verwaltungsgerichtliche e.AO nach § 123 VwGO dem doppelten Zweck der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auf Antrag einer Person entsprechen, wenn

---

19) S. 195 und 197.

über die Interessenabwägung das mit § 47 VwGO bezweckte Gemeinwohl berücksichtigt wird.

2.) Interessenabwägung vor Vollzugsaussetzung einer Norm nach § 123 Abs. I VwGO

a) Verhältnis von öffentlichen zu privaten Interessen

Der Interessenabwägung nach § 123 VwGO wird für den Erlaß e.AOen im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens selbstverständlich eine andere Bedeutung zukommen müssen, als dies im Rahmen der allgemeinen Verwaltungsverfahren der Fall ist. Sind letztere doch reine Rechtsschutzverfahren, während erstere auch der Rechtsbeanstandung dienen.

Wenn schon im Rahmen eines vorläufigen Rechtsschutzverfahrens gegen Einzelakte nicht nur die privaten Belange der Verfahrensbeteiligten eine Rolle spielen, sondern auch das allgemeine öffentliche Interesse so stark zu berücksichtigen ist, daß der Anordnungserlaß unter Umständen deshalb nicht in Frage kommt, weil dieses öffentliche Interesse das private Rechtsschutzinteresse überwiegt [20], so muß in einem kombinierten

---

20) So ist z.B. der Anordnungserlaß unterblieben, obwohl die Ausübung eines Rechts des ASt. erschwert oder gar vereitelt worden ist: Wenn der ASt. als Fuhrunternehmer die Aushändigung des eingezogenen Führerscheins beantragt, obwohl er in zahlreichen Fällen gegen verkehrsrechtliche Vorschriften verstoßen hat (Hess. VGH, Beschl. v. 21.1.1959, VerwRspr. 12, 118 ff.); wenn er sich um eine Droschkengenehmigung bewirbt, obwohl ihm die Zuverlässigkeit fehlt und nach seinem bisherigen Verhalten zu besorgen ist, daß er auch während der Prozeßdauer die von einem Droschkenunternehmer zu beachtenden Vorschriften mißachten wird (OVG Bremen, Beschl.v. 15.6.1963, NJW 1963, S. 1842 f.); wenn er die Hinausschiebung der Sperrstunde beantragt, obwohl die Nachtruhe der Anwohner dadurch empfindlich gestört würde (OVG Münster, Beschl.v. 12.9.1963, DVBl. 1964, S. 122 ff.).

Rechtsschutz- und Beanstandungsverfahren gegen Normen diesem öffentlichen Interesse eine noch größere Bedeutung zukommen.

Das besondere Gewicht des öffentlichen Interesses ergibt sich neben der Bezugsetzung auf die Beanstandungsfunktion der Normenkontrolle vor allem auch aus der Natur des Gegenstandes dieses Verfahrens: "Eine Norm steht der Sache nach in einem intensiven Gemeinwohlbezug". [21] Wegen der generellen Wirkung der an sich schon "gemeinwohlhaltigen" Gesetze tangiert eine eventuelle Vollzugsaussetzung mit ihren weittragenden Folgen in besonderem Maße das öffentliche Interesse.
Steht somit fest, daß die im Rahmen der Interessenabwägung vor Erlaß einer e.AO in den allgemeinen Verwaltungsverfahren aufgestellten Grundsätze für e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nicht übernommen werden können, müssen andere, das öffentliche Interesse mehr berücksichtigende Leitlinien gezogen werden.

Erste Markierungen versuchten schon der Bayerische und Hessische Verwaltungsgerichtshof zu setzen [22]. Beide Gerichte messen dem öffentlichen Interesse eine überragende Bedeutung bei und legen demzufolge an die Voraussetzungen, unter denen e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren erlassen werden können, einen "strengen Maßstab" an. In Umkehrung der Betrachtungsweise bei e.AOen im Rahmen allgemeiner Verwaltungsstreitverfahren, wo das Privatinteresse am Erlaß einer

---

21) Häberle, AöR 95 (1970), S. 86 ff. (91). Deutlich auch z.B.: BVerfGE 7, 175 (182).

22) BayVGH, Beschl.v. 27.5.1969, BayVBl. 1969, S. 288, Verw-Rspr. 20, 1022; Hess. VGH, Beschl.v. 16.7.1969, DÖV 1970, S. 99 f.; Beschl.v. 13.11.1969, DÖV 1970, S. 100 ff. m. ausführl.krit.Anm. v. Klein/Kupfer DÖV 1970, S. 73 ff. Im Ergebnis auch schon der II. Sen. d. BW VGH Beschl.v. 30.6.1961, ESVGH 11, 22 ff., der seine AO-Befugnis direkt auf § 25 StGHG gründet.

vorläufigen Regelung nur vor einem entgegenstehenden besonders ins Gewicht fallenden öffentlichen Interesse zurückzutreten hatte, soll einem Antrag auf Erlaß einer e.AO im Rahmen des Normenkontrollverfahrens nur dann stattgegeben werden, wenn "besonders wichtige Gründe vorliegen, welche die Aussetzung des Vollzugs des angefochtenen Gesetzes im öffentlichen Interesse als dringend geboten erscheinen lassen". [23] Grundlage dieser Auffassung ist die zur verfassungsgerichtlichen e.AO entwickelte Rechtsprechung, auf die sich beide Gerichte ausdrücklich beziehen und deren wesentliche Inhalte sie auch im Rahmen des § 123 VwGO für verbindlich halten.

b) Anwendbarkeit der zur verfassungsgerichtlichen einstweiligen Anordnung entwickelten Grundsätze

Die Abwägung privater und öffentlicher Interessen als Voraussetzung für den Erlaß e.AOen im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle führt also nicht unbedingt in juristisches Neuland. Sowohl bei der verwaltungsgerichtlichen als auch bei der verfassungsgerichtlichen e.AO ist eine Interessenabwägung bekannt. Fraglich ist, ob und wieweit die in den anderen AO-Verfahren entwickelten Grundsätze übernommen werden können.
Nachdem schon festgestellt wurde, daß die Interessenabwägung, wie sie bei AO-Verfahren zu den allgemeinen verwaltungsgerichtlichen Streitverfahren praktiziert wird, den Gegebenheiten der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nicht gerecht werden kann, bleibt die Verwendbarkeit der zur verfassungsgerichtlichen e.AO entwickelten Grundsätze zu prüfen.

---

23) BayVGH a.a.O. (Voranm.).

aa) N a c h § 3 2 B V e r f G G kann das BVerfG [24] dann vorläufig regelnd eingreifen, "wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund z u m g e m e i n e n W o h l dringend geboten ist". Entsprechend dieser ausdrücklichen Betonung des Gemeinwohls in der Fassung des § 32 BVerfGG spielt bei Erlaß e.AOen in den verfassungsgerichtlichen Verfahren das öffentliche Interesse eine überragende Rolle. Private Interessen werden nur selten so gewichtig sein, daß zu ihrem Schutz e.AOen im öffentlichen Interesse ergehen können. [25]

Das BVerfG befleißigt sich überhaupt größter Zurückhaltung, soweit im Zusammenhang mit einem Verfahren der Normenkontrolle - sei es gemäß Art. 93 Abs. I Nr. 2 GG, § 13 Nr. 6 BVerfGG, sei es gemäß Art. 93 Abs. I Nr. 4 a GG, § 90 BVerfGG - die Aussetzung des Vollzugs von Gesetzen in Frage steht. Wegen der "weittragenden Folgen", die eine e.AO im verfassungsgerichtlichen Bereich in aller Regel auslöst, ist nach Ansicht des Gerichts an die Voraussetzungen ein besonders "strenger Maßstab" anzulegen, eine Vollzugsaussetzung also nur dann gerechtfertigt, wenn sie "zum gemeinen Wohl dringend geboten ist". [26]

Es wird also nicht nach den verschiedenen verfassungsgerichtlichen Verfahrensarten differenziert, sondern voll und ganz auf den Gegenstand der Kontrolle - die gemeinwohlbezogene Norm - abgestellt. Für die rein objektiven Normenbeanstandungsverfahren gelten hinsichtlich der AO-Befugnis die gleichen

---

24) Die LänderVerfG weichen nur unwesentlich von den Grundsätzen des BVerfG ab, (vgl. z.B. BayVerfGH, VerwRspr. 9, Nr. 205) sodaß die Rspr. des BVerfG stellvertretend für alle VerfG besprochen werden kann.

25) Wie z.B. in BVerfGE 14, 153 f.

26) BVerfGE 3, 34 (37 f.); 3, 41 (44); 6, 1 (4); 7, 175 (179); 7, 367 (371); 11, 102 (104); 11, 306 (308); 12, 276 (279); 16, 220 (226 f.); 18, 34 (36); 18, 151 (153); 20, 363 f.; 24, 27 (31); 24, 68 (74); 25, 367 (369 f.); BayVBl. 1970, S. 400; DVBl. 1971, S. 64 f. = NJW 71, S. 91.

Grundsätze, wie in dem aus Rechtsschutz und Beanstandungsfunktion kombinierten Verfassungsbeschwerdeverfahren [27]. Bei dieser Normenkontrolle in Gestalt der Verfassungsbeschwerde, die hinsichtlich ihrer Zweckkombination [28] eine echte Parallele zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle darstellt, bleibt somit die Funktion des subjektiven Rechtsschutzes unberücksichtigt. Selbst in diesem Verfahren kann also die Gefahr schwerer subjektiver Nachteile im Einzelfall den Erlaß einer e.AO nicht rechtfertigen; auch hier müssen Gründe des gemeinen Wohls eine vorläufige Regelung dringend gebieten.

Es kann im Rahmen dieser Arbeit nicht im einzelnen untersucht werden, ob diese enge Auslegung des § 32 BVerfGG stets, insbesondere in den Fällen der oben angesprochenen Verfassungsbeschwerde, zu billigen ist.
Das BVerfG bezieht die Wendung "zum gemeinen Wohl" offensichtlich auf alle drei Alternativen des gesetzlichen Tatbestandes[29] und erhebt auf diese Weise das Gemeinwohl zu einem bei Erlaß jeder vorläufigen Regelung notwendigen Erfordernis [30]. Ob das

---

27) Das BVerfG hat auch in Verfassungsbeschwerdeverfahren e.AOen von Anfang an zugelassen; ständige Rspr. seit E 1, 74.

28) Zur Beanstandungsfunktion der Verfassungsbeschwerde, vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, VI., 3.) b).

29) Grundlegend BVerfGE 3, 34 (37).

30) Zustimmend: Geiger, BVerfGG, § 32 Anm. 3; Gebhardt, S.142; Fuß, DÖV 1959, S. 201; Helfferich, S. 42; Schlitzberger, JR 1965, S. 405; Tüttenberg, S. 77 f.
Diese Ansicht dürfte jedoch der Tatsache nicht gerecht werden, daß das BVerfG auch zum Schutz der verfassungsmäßigen Rechte des einzelnen Bürgers angerufen werden kann. Das BVerfG behilft sich insoweit mit dem Hinweis, daß auch die Verletzung fundamentaler Einzelgrundrechte unter Umständen das Gemeinwohl tangieren kann (vgl. BVerfGE 14, 11 f.; 14, 153 f.; 15, 223 (226); 17, 145 (147); 18, 146 (147); 18, 157). Dogmatisch richtiger ist aber wohl die Gegenmeinung, die die Voraussetzung zum Erlaß e.AOen nach § 32 BVerfGG - Abwehr schwerer Nachteile und Verhinderung drohender Gewalt - alternativ neben der Voraussetzung "aus
(Fortsetzung)

Gemeinwohl eine e.AO gebietet wird vom BVerfG "auf Grund gerechter Abwägung der widerstreitenden Interessen aller vom Gesetz Betroffenen" [31] festgestellt. Da im vorläufigen Verfahren eine Entscheidung über die Rechtswirksamkeit der in Frage stehenden Gesetze nicht getroffen werden kann [32], müssen bei dieser Abwägung der Interessen beide Möglichkeiten der Endentscheidung, Gültigkeit und Nichtigkeit des Gesetzes, in Betracht gezogen werden.
Die in zahlreichen Entscheidungen des BVerfG [33] wiederkehrende Formel, derzufolge das Gericht abzuwägen hat, ob die Folgen, die eintreten würden, wenn eine e.AO nicht erginge, die angegriffene Vorschrift jedoch für nichtig erklärt werden würde, nicht eher hingenommen werden könnten, als die Nachteile, die entstehen würden, wenn die Rechtsnorm vorläufig außer Anwendung gesetzt würde, läßt in aller Regel der mit der Aussetzung drohenden Beeinträchtigung des gemeinen Wohls das größere Gewicht zukommen [34].
Die gleichen scharfen Maßstäbe sollen nach Ansicht des BVerfG auch für die Aussetzung von Rechtsverordnungen im Wege der verfassungsgerichtlichen e.AO gelten [35].

Fortsetzung:
einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl" sieht. Vgl. Lechner, BVerfGG, § 32 Anm. 3 c; Maunz/Sigloch, BVerfGG, § 32 Rdnr. 7, 16 und 23; Wintrich/Lechner, Die Grundrechte, S. 709; Kretschmer, Justizblatt des Saarlandes 1961, S. 196; Grundmann, E.AOen, DVBl. 1959, S.877.

31) BVerfGE 3, 34 (37) unter Hinweis auf E 1, 85 f.; vgl. auch E 6, 1 (4).

32) Vorne: 2. Abschn. § 8, III.

33) E 6, 1 (4); 11, 102 (104); 11, 306 (308 f.); 12, 276 (279); 16, 220 (227); 18, 34 (36); 18, 151 (153); 18, 157 f.; 20, 363 f.; 24, 27 (31); 24, 68 (74); 25, 367 (369); BayVBl. 1970, S. 400 f.; vgl. auch BayVerfGH VerwRspr. 15, S. 518 (519).

34) Vgl. Leibholz/Rupprecht, BVerfGG, § 32 Rdnr. 15.

35) Vgl. BVerfGE 6, 1; 11, 102; 18, 157.

bb) Von dieser Rechtsprechung aus ist es nicht schwer die Brücke zur verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO zu schlagen: "Auch hier wird der Vollzug und die Gültigkeit einer Norm in Frage gestellt" [36]. Folgt man der Ansicht des Bayerischen und Hessischen Verwaltungsgerichtshofs, so wären e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren zum Schutze subjektiver Einzelinteressen, seien diese auch noch so gewichtig, nicht möglich; nur im öffentlichen Interesse - wie z.B. bei Verletzung fundamentaler Verfassungsprinzipien [37], Grundrechten mit intensivem Öffentlichkeitsbezug [38] oder einer "beachtlichen Rechtsunsicherheit" [39] - wären e.AOen gerechtfertigt. Damit würde über diese Form der Interessenabwägung der mit § 123 Abs. I VwGO bezweckte Rechtsschutz wieder vereitelt werden.
Solche Vernachlässigung des Rechtsschutzes bei Anwendung der vom BVerfG aufgestellten Grundsätze hat selbst im Bereich der Normenkontrolle in Gestalt der Verfassungsbeschwerde Anlaß zu Kritik gegeben [40].
Wie immer dem im verfassungsgerichtlichen Bereich auch sein mag, die strengen, primär am Gemeinwohl orientierten Maßstäbe des § 32 BVerfGG lassen sich auf das Anordnungsverfahren im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auf Antrag einer Person (§ 47 S. 2, 1. Alt. VwGO) nicht übertragen. Dieses Verfahren ist, wie bereits erarbeitet und wiederholt herausgestellt wurde, eindeutig auch auf den Schutz individueller Rechte zugeschnitten, sodaß sich die Notwendigkeit einer e.AO hier auch nach der Rechtsschutzbedürftigkeit des jeweiligen Antragstellers bemißt.

---

36) BayVGH a.a.O., vgl. auch Hess. VGH a.a.O. (beide Voranm.22).
37) Z.B.: BVerfGE 7, 367 (373).
38) Z.B.: BVerfGE 14, 153 f. (bzgl. Berufsfreiheit).
39) Z.B.: BVerfGE 11, 306 (309); 12, 36 (42).
40) Vgl. Voranm. 30.

Dem läßt sich nicht entgegenhalten, daß das BVerfG gerade auch im Verfassungsbeschwerdeverfahren seine strengen, gemeinwohlbezogenen Maßstäbe anwendet. Zwar liegt dieser Verfahrensform, ebenso wie der Normenkontrolle nach § 47 VwGO, eine Kombination der Rechtsschutz- und Beanstandungszwecke zugrunde, sodaß insoweit eine echte Parallele gezogen werden kann. Aber die eigentliche Bedeutung der Verfassungsbeschwerde liegt nicht im subjektiven Rechtsschutz, sondern - der objektiven Ordnungsfunktion des BVerfG entsprechend - in ihrer Funktion innerhalb der objektiven Verfassungsordnung.

So kann die e.AO im Verfassungsbeschwerdeverfahren nicht isoliert betrachtet, sondern muß eingebettet in den großen Aufgabenbereich und in die Ordnungsfunktion des BVerfG als des "Hüters der Verfassung" [41] gesehen werden. Aus diesem Blickwinkel wird verständlich, daß das BVerfG nur unter stärkster Berücksichtigung der Interessen der Gesamtheit tätig wird, und seine von dem Gemeinwohl bestimmten Maßstäbe nur sehr bedingt auf andere Verfahren übertragbar sind.

Im Ergebnis ist mithin festzustellen: War die Form der Interessenabwägung im Rahmen der allgemeinen verwaltungsgerichtlichen e.AO zu individualistisch ausgestaltet, so ist die vom BVerfG zu § 32 BVerfGG eingenommene Position zu öffentlichkeitsbezogen.

cc) Die r i c h t i g e Verteilung der Gewichte bei der A b w ä g u n g d e r öffentlichen und privaten I n t e r e s s e n liegt - wie so oft - in der Mitte. Die e.AO im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren muß sowohl dem Rechtsschutzbedürfnis des Antragstellers, als auch dem Interesse der Allgemeinheit an der Aufrechterhaltung einer Norm angemessen werden. Unter diesem Aspekt können die Grundsätze des BVerfG auch im Verfahren gemäß § 47 S. 2, 1. Alternative VwGO mitbeachtet werden. Vor allem ist die Folgen-

---

41) Ausführlich dazu vorne: vgl. 2. Abschn., § 9, II., 2.).

abwägung des BVerfG das im Prinzip richtige Mittel, die privaten und öffentlichen Interessen einander gegenüberzustellen.

Nachdem die Frage der Gültigkeit der angegriffenen Norm grundsätzlich für den Erlaß einer vorläufigen Regelung keine Rolle spielen darf, ist die Einbeziehung der Folgen von Gültigkeit und Nichtigkeit bei Erlaß oder Verweigerung der begehrten Anordnung eine zutreffende Grundlage für die Abwägung der Interessen. Die für diese Folgenabwägung vom BVerfG geprägte Formel kann mithin auch für das Verfahren der e.AO im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren übernommen werden, wenn man sich bewußt bleibt, daß die Gefährdung der subjektiven Rechte des Antragstellers hier erheblich größeres Gewicht beansprucht, als das BVerfG ihr im Verfassungsrechtsstreit beizulegen bereit ist. [42)]

Müssen bei der Interessenabwägung Gültigkeit und Nichtigkeit der angegriffenen Norm einkalkuliert werden, weil Erwägungen, wie die Endentscheidung in der Hauptsache ausfallen wird, wegen der Verschiedenheit der Streitgegenstände des Vor- und Hauptverfahrens [43)] außer Betracht bleiben müssen, so bedarf es logischerweise der Folgenabwägung dann nicht, wenn die Erfolgsaussichten des Hauptsachverfahrens ausnahmsweise berücksichtigt werden können. [44)] Dies ist - wie im Rahmen der Untersuchung des Erfordernisses der "Glaubhaftmachung" nach § 123 Abs. III VwGO i.V.m. § 920 Abs. II ZPO bereits festgestellt werden konnte - dann der Fall, wenn die Unmöglichkeit einer Ungültigkeitsfeststellung bzgl. der angegriffenen Norm durch das Gericht der Hauptsache offen liegt, also bei offensichtlicher Unzulässigkeit und offensichtlicher Unbegründetheit des Normenkontrollantrages nach § 47 VwGO. [45)]

---

42) Klein/Kupfer, S. 77.

43) Vgl. dazu vorne: 2. Abschn. § 8, IV. A) 1.) b.

44) Ebenso: BW VGH ESVGH 16, 102 (104), Beschl.v. 18.4.1966; Klein/Kupfer, a.a.O. (Voranm. 42).

45) Vgl. vorne: 2. Abschn. § 8, IV. A) 2.) b), insbes. S. 85.

Auch insoweit können die vom BVerfG zur Notwendigkeit einer Interessenabwägung aufgestellten Grundsätze auf das Anordnungsverfahren im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren übertragen werden.
Auch das BVerfG hält bei offensichtlicher Unzulässigkeit bzw. Unbegründetheit des Hauptantrags den Erlaß einer e.AO allein aus diesen Gründen nicht für zulässig [46], obgleich "bei Würdigung der Umstände, die für oder gegen den Erlaß einer e.AO sprechen", ansonsten "die Erwägungen, wie die Entscheidung in der Hauptsache lauten wird, regelmäßig außer Betracht bleiben". [47] Konsequenterweise hält das VerfG im umgekehrten Fall bei offensichtlicher Verfassungswidrigkeit der angefochtenen Norm die Dringlichkeit einer Vollzugsaussetzung für besonders deutlich gegeben [48].
Auf die Verhältnisse bei § 123 Abs. I VwGO übertragen, bedeutet diese Rechtsprechung, daß zur Abwehr einer Beeinträchtigung durch eine offensichtlich gültige [49] Norm eine e.AO niemals "nötig" i.S.v. § 123 Abs. I VwGO sein kann [50], weil die Gefahr einer rechtswidrigen Beeinträchtigung überhaupt nicht bestehen und außerdem deshalb die Effektivität der Hauptsachentscheidung nicht in Frage gestellt werden kann [51].
Der Erlaß einer e.AO ist nach ihrer funktionalen Zwecksetzung hier somit nicht am Platze, während sie im umgekehrten Fall immer dann besonders "nötig" ist, wenn sich im Anordnungsverfahren feststellen läßt, daß die angegriffene Norm offensicht-

---

46) BVerfGE 3, 34 (36); 7, 367 (371); vgl. auch E 3, 267 (281 ff.); 7, 175 (179 f.); 11, 179 f.; 11, 339 (342); 12, 36 (39 f.); 16, 236 (238).

47) BVerfGE 7, 367 (371 f.); ebenso: E 3, 34 (37); 6, 1 (4); 7, 175 (179); 11, 102 (104); 18, 151 (153); 24, 68 (74); 25, 367 (369).

48) Vgl. BVerfGE 7, 175 (180); 20, 363 (364).

49) Gültig ist hier sowohl i.S.v. "formell geltend", als auch materiell "nicht rechtswidrig" zu verstehen.

50) So auch Klein/Kupfer, S. 77 und im Ergebnis Quaritsch, S. 370.

51) Obermayer, Gedächtnisschr., S. 885.

lich rechtswidrig ist und der Normenkontrollantrag (deshalb) zum Erfolg führen muß. [52]

Nur wenn die Rechtslage im Anordnungsverfahren der Evidenz in dieser oder jener Richtung ermangelt, also keinerlei rechtliche Maßstäbe vorhanden sind, ist auf die Folgenabwägung des BVerfG in der oben modifizierten Form zurückzugreifen und eine Abwägung der Folgen vorzunehmen, die eintreten würden, "wenn eine e.AO nicht erginge, die Normenkontrolle jedoch Erfolg hätte, gegenüber den Nachteilen, die entstünden, wenn die begehrte e.AO erlassen würde."

Im Ergebnis wird bei der der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle angepaßten Folgenabwägung im Vergleich zu der im verfassungsgerichtlichen Bereich praktizierten Interessenbewertung die Aussetzung des Vollzugs der angegriffenen Norm nach § 123 Abs. I VwGO "immer, aber nicht nur dann angeordnet werden, ... wenn das BVerfG nach § 32 BVerfGG eine solche Anordnung zu treffen hätte." [53]

Eine allgemeine Formel zur Konkretisierung der bei der Abwägung der Interessen zu beachtenden Grundsätze kann der Natur der Sache nach nicht aufgestellt werden. Die öffentlichen und privaten Interessen stehen sich grundsätzlich gleichgewichtig gegenüber, sodaß bei ihrer Abwägung der Einzelfall regiert. Viel wird von der Eigenart der angegriffenen Norm abhängig sein. In jedem Fall ist eine konkrete Untersuchung der Tragweite der im Einzelfall widerstreitenden Interessen notwendig. Ein Übergewicht kann von vornherein keiner Seite eingeräumt werden. Verfehlt sind nach der hier erarbeiteten Auffassung insbesondere jene "substanzlosen Wendungen" [54] mit denen das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers gerne von Anfang an

---

52) Ebenso: Quaritsch, S. 371; BW VGH a.a.O. (m.w.N. u.m.Hinw. auf die Rspr. des BVerfG) u. Klein/Kupfer, a.a.O. (beide Voranm. 44).

53) Klein/Kupfer, a.a.O. (Voranm. 42).

54) Quaritsch, S. 370.

hinter eventuell entgegenstehende öffentliche Interessen zurückgestellt wird, indem programmatisch festgestellt wird, daß von der e.AO "nur sehr sparsam Gebrauch zu machen" sei, der e.AO gegenüber "größte Zurückhaltung" geboten sei, ein "besonders strenger Maßstab" anzulegen sei, oder ihr Erlaß eine "seltene Ausnahme" bleiben müsse. [55] Ein derartiges Übergewicht des öffentlichen Interesses mag im verfassungsgerichtlichen Anordnungsbereich am Platze sein. Im Rahmen des vorläufigen Verfahrens gemäß § 123 Abs. I VwGO innerhalb der Normenkontrolle nach § 47 VwGO ist regelmäßig von der Gleichgewichtigkeit der privaten und öffentlichen Interessen auszugehen und erst an Hand der konkreten Umstände des Einzelfalles ein Übergewicht der einen oder anderen Seite festzustellen.

3.) Die einzelnen Prüfungsstationen bei § 123 Abs. I VwGO

Da eine scharfe Trennung der in § 123 Abs. I Satz 1 und Satz 2 VwGO verankerten Tatbestände nicht möglich ist, erscheint es richtig, für die Auslegung und Anwendung des § 123 auch im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle beide Alternativen des Abs. I zu einem Tatbestand zusammenzufassen und den Erlaß einer e.AO an folgende Voraussetzungen zu knüpfen: [56]

A) Zulässigkeitsvoraussetzungen
   1.) Sachliche und örtliche Zuständigkeit des angegangenen Gerichts (§ 123 Abs. II, S. 2)
   2.) Beteiligtenfähigkeit des ASt.
   3.) Prozeßfähigkeit des ASt., bzw. seines gesetzlichen Vertreters und dessen Legitimation

---

55) Bedenklich daher der BayVGH, BayVBl. 1969, S. 228; Schmitt/Gläser/Tschira, BayVBl. 1970, S. 208; Mang/Simon, Bayerische Bauordnung, Kommentar, 1.-3.Aufl., Stand 1.3.1971, München 1971, Art. 89 Rdnr. 11.

56) Im wesentlichen konnte den Ausführungen von Obermayer, Gedächtnisschr. S. 883 und 889 ff. gefolgt werden.

4.) Ordnungsgemäße Antragstellung, insbesondere "Antragsbefugnis" im Sinne einer substantiierten Geltendmachung der Voraussetzungen des § 123 Abs. I VwGO (keine Glaubhaftmachung im zivilprozessualen Sinn).
5.) Antragstellung im Normenkontrollverfahren oder jedenfalls die Berechtigung und Absicht einer unmittelbar folgenden Antragstellung nach § 47 VwGO.
6.) Rechtsschutzbedürfnis am Erlaß gerade einer e.AO.

B) Begründetheitsvoraussetzungen
1.) Gefahr wesentlicher Nachteile (Gedanke der Sätze 1 und 2 des § 123 Abs. I VwGO).
2.) Möglicherweise ungültige Norm (Rechtswidrigkeitserfordernis des § 123 Abs. I, S. 1).
3.) Rechtsverhältnis zwischen den Verfahrensbeteiligten. Das Ziel des Anordnungsantrags muß auf konkrete Rechtsbeziehungen zwischen ASt. und übrigen Beteiligten beschränkt sein (§ 123 Abs. I, S. 2 VwGO).
4.) Gefährdung der Effektivität der Normenkontrollentscheidung (Gedanken der Sätze 1 und 2 des § 123 Abs. I VwGO).
5.) Notwendigkeit der Nachteilsabwendung nach Interessenabwägung (§ 123 Abs. I, S. 2 VwGO).

In der Praxis wird die Begründetheitsprüfung in der Form durchgeführt werden, daß die vom Antragsteller zur Zulässigkeit des Anordnungsverfahrens schlüssig vorgetragenen Voraussetzungen nun nach der Untersuchungsmaxime auf ihre Richtigkeit überprüft werden. Aus dem Antragsinhalt in Verbindung mit der Begründung wird sich die Begründetheit wie folgt ergeben:
a) Keine wesentlichen Nachteile, dann Antrag unbegründet (vgl. oben B) 1.)).
b) Vorläufige Regelung in Bezug auf die Gültigkeit der Norm begehrt, dann mangels regelungsfähigem Rechtsverhältnis unbegründet (vgl. oben B) 3.)).

c) Normenkontrollantrag offensichtlich unzulässig, dann Anordnungsantrag mangels einer Gefährdung der Effektivität der Normenkontrollentscheidung unbegründet (vgl. oben B) 4.)).

d) Normenkontrollantrag offensichtlich unbegründet, dann AO-Antrag mangels der Effektivitätsgefährdung der Normenkontrollentscheidung und mangels einer Beeinträchtigung durch eine möglicherweise ungültige Norm unbegründet (vgl. oben B) 2.) und 4.)).

e) Normenkontrollantrag offensichtlich zulässig u n d begründet, dann AO-Antrag wohl ebenfalls begründet, wenn Nachteils- und Rechtsverhältniserfordernis vorliegen (vgl. oben B) 1.) - 4.)).

f) Wenn die Prüfung des Anordnungsantrages und der glaubhaft gemachten Voraussetzungen nicht weiterführt, die Rechtslage der Evidenz in der einen oder anderen Richtung also ermangelt, dann - aber auch nur dann - ist die Notwendigkeit einer vorläufigen Regelung durch Abwägung der Interessen der Beteiligten, der möglichen Folgen des Erlasses einer e.AO und der potentiellen Nachteile ihres Unterbleibens in dem vorne erarbeiteten Sinn festzustellen (vgl. oben B) 5.)).

Ergibt die Begründetheitsprüfung ein positives Ergebnis für den Antragsteller, so folgt darauf die Rechtspflicht des Gerichts zum Erlaß einer e.AO. Ein Ermessen kann dann nicht mehr ausgeübt werden. Die mißverständliche Kann-Formel des § 123 Abs. I S. 1 VwGO entspricht in ihrer Bedeutung der in Satz 2 desselben Absatzes gebrauchten Formulierung "ist zulässig". Sie will also nur die Berechtigung des Gerichts zur Anordnung vorläufiger Maßnahmen verdeutlichen. Das ergibt sich auch aus einer weiteren Auslegung des Satzes 2, denn wenn eine e.AO "nötig" erscheint, so darf sinnvollerweise ihr Erlaß nicht unterbleiben [57].

---

57) Obermayer, Gedächtnisschr., S. 884. Im Ergebnis ebenso: Quaritsch, S. 217; Redeker/von Oertzen § 47 Rdnr. 17.

II. Die Voraussetzungen im Normenkontrollverfahren auf Antrag einer Behörde (§ 47 S. 2 VwGO 2. Alternative)

Sinn und Zweck der Normenkontrolle auf Antrag einer Behörde (§ 47 S. 2, 2. Alt. VwGO) ist in der Aufgabe der objektiven Rechtskontrolle gefunden worden [58]. Dementsprechend ist die Ausgestaltung der e.AO in diesem Verfahren durchzuführen. Das heißt, die Anordnungsfunktion der Friedens- und Entscheidungssicherung im öffentlichen Interesse muß in der tatbestandlichen Ausformung des Instituts der e.AO voll zur Wirkung gelangen, während die übrigen Anordnungsfunktionen, insbesondere die Rechtsschutzfunktion, nicht ins Gewicht fallen.

1.) Unanwendbarkeit des § 123 VwGO

Im zweiten Abschnitt dieser Untersuchung konnte bereits abschließend festgestellt werden, was hier nur wiederholend in Erinnerung zu rufen ist [59]: Der Beanstandungszweck der Normenkontrolle auf Behördenantrag steht einer vorläufigen Regelung nach Maßgabe der Vorschrift des § 123 VwGO entgegen. Für die Anwendbarkeit dieses auf individuellen Rechtsschutz abgestellten vorläufigen Verfahrens fehlt schon die dogmatische Grundvoraussetzung der Ähnlichkeit der Zielsetzung von Vor- und Nachverfahren. In einem Verfahren, das allein die Wahrung der Einheit und Widerspruchslosigkeit der Rechtsordnung bezweckt, kann kein subjektiver vorläufiger Rechtsschutz gewährt werden. Rechtsschutzfunktion und Friedens- und Entscheidungssicherung im Einzelinteresse - wie sie bei § 123 ausgeprägt sind - sind in einem objektiven Verfahren überflüssig, während die Friedens- und Entscheidungssicherungsfunktion im öffentlichen Interesse - die bei § 123 kaum eine Rolle spielt - hier von entscheidender Bedeutung ist.

---

58) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, VI.; 3. Abschn., § 12, I.
59) Vorne: 2. Abschn., § 8, VI.

Eine Modifikation im Wege der Interessenabwägung des § 123 S. 2 VwGO kann hier nicht in Frage kommen, dies hieße den ausdrücklichen gesetzgeberischen Zweck in sein Gegenteil verkehren.
Wenn mithin festzustellen ist, daß § 123 VwGO im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auf Behördenantrag unanwendbar ist, so gilt dies nur für den auf Individualrechtsschutz ausgerichteten materiellen Inhalt der Vorschrift. Unberührt davon bleiben die äußeren Verfahrensregelungen, wie etwa Zuständigkeit des vorläufig regelnden Gerichts, Rechtsmittel usw. Insoweit handelt es sich lediglich um vom materiellen Verfahrenszweck unabhängige Regelungen des verwaltungsgerichtlichen Anordnungsverfahrens.

2.) Entsprechende Anwendung der zu § 32 BVerfGG entwickelten Grundsätze

Die Unanwendbarkeit der materiellen Regelungen der verwaltungsgerichtlichen e.AO verschließt jedoch nicht gleichzeitig auch den Weg zu anderen gesetzlich ausgestalteten Anordnungstatbeständen.
Ausgehend von Sinn und Zweck der Normenkontrolle nach § 47 S. 2, 2. Alt. VwGO bietet sich die Übernahme des u.a. auch für verfassungsgerichtliche abstrakte Normenkontrollverfahren nach Art. 93 Abs. I, Ziff. 2 GG geschaffenen Anordnungstatbestandes an. Hier wie dort handelt es sich um einstweilige Maßnahmen im Rahmen eines "von subjektiven Berechtigungen unabhängigen (Beanstandungs)Verfahrens, das nicht dem Schutz der Rechtsstellung der Antragsteller zu dienen bestimmt ist".[60]

Selbst unter Berücksichtigung der Tatsache, daß das BVerfG als "Hüter der Verfassung" zu einer "Institution sui generis" erhoben ist [61] und deshalb die entsprechende Anwendung von diesem Gericht zugeordneten Vorschriften nur mit großer Vor-

---

60) BVerfGE 1, 407; 2, 311 u.a.
61) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 9, II., 2.).

sicht vertreten werden kann, erscheint die Interessenlage bezüglich vorläufiger Regelungen in beiden Fällen so ähnlich, daß eine analoge Anwendung der im verfassungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren geltenden Grundsätze aus dem Gebot gleich Bedeutendes gleich zu behandeln geboten ist.
Eine Ähnlichkeitsbewertung der Rechtslage in Bezug auf die von § 32 BVerfGG erfaßten verfassungsgerichtlichen Verfahren und der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auf behördlichen Antrag führt in vielen Punkten zu Übereinstimmungen, "die wertungsmäßig so bedeutsam sind, daß die rechtliche Gleichbehandlung der Fallgruppen gerechtfertigt ist" [62]. Neben der bereits betonten Zweckidentität der Verfahren bezüglich ihrer Beanstandungsfunktion, ist insbesondere auch auf die Identität des jeweiligen Verfahrensgegenstandes im Sinne des materiellen Gesetzesbegriffs zu verweisen. Liegt doch - und hier trifft die Formulierung von Grundmann [63] zu - "der einzige Unterschied in dem gegenüber der verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle niederen Rang der Normen, auf die sich der verwaltungsgerichtliche Spruch bezieht. "Auch das BVerfG [64] selbst macht insoweit keinen Unterschied und legt bei der vorläufigen Aussetzung von Rechtsverordnungen die gleichen Maßstäbe an wie bei förmlichen Gesetzen.
Demgegenüber erscheinen die Sonderstellung des BVerfG als oberstes Bundesorgan und "Hüter der Verfassung" in Verbindung mit der Funktion der e.AO nach § 32 BVerfGG als "typisches Instrument der Verfassungsgarantie" rechtlich nicht so bedeutsam, als daß sie einer Gleichbehandlung im Wege stünden. Letztlich ist auch die e.AO nach § 32 BVerfGG nur eine Ausformung des allgemeinen Anordnungsinstituts, dessen Funktionen auch in den übrigen Gerichtsverfahren bekannt und anwendbar sind.

---

62) Larenz, Methodenlehre, S. 361.
63) Zur Vorgreiflichkeit, DÖV 1960, S. 680 ff. (685).
64) BVerfGE 6, 1; 11, 202; 18, 157.

Die Übernahme der Grundsätze der verfassungsgerichtlichen e.AO bedeutet im Endergebnis, daß im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nach § 47 S. 2, 2. Alt. VwGO eine e.AO nur dann gerechtfertigt ist, wenn sie zum gemeinen Wohl dringend geboten ist [65].

Die antragstellenden Behörden handeln gleichsam als Repräsentanten aller. Ob diese Voraussetzung vorliegt kann - da bei Würdigung der Umstände, die für oder gegen den Erlaß einer e.AO sprechen, die Erwägung, wie die Entscheidung in der Hauptsache lauten wird, mit Ausnahme der offensichtlichen Unzulässigkeit und Unbegründetheit, grundsätzlich außer Betracht bleibt - nur auf Grund gerechter Abwägung der Folgen festgestellt werden, die eintreten würden, wenn eine e.AO nicht erginge, die angegriffene Norm jedoch für nichtig erklärt werden würde mit den Folgen, die entstehen würden, wenn die Rechtsnorm vorläufig außer Anwendung gesetzt werden würde. Bei dieser Folgenabwägung ist dem Gemeinwohl ein großes Gewicht beizumessen. Wegen der weittragenden Folgen einer Normaussetzung wird der mit der Aussetzung drohenden Beeinträchtigung des gemeinen Wohls meistens der Vorrang gebühren, sodaß aufgrund dieses strengen Maßstabs von der AO-Befugnis nur mit großer Zurückhaltung Gebrauch gemacht werden kann. Im Ergebnis werden e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normmenkontrollverfahren auf Antrag einer Behörde eine Ausnahmeerscheinung bleiben.

Was den Verfahrensgang als solchen anbetrifft, erscheint es ratsam, die Regeln des § 123 VwGO auch in diesem Rahmen zu berücksichtigen.

Zwar ist diese Vorschrift wegen ihres Rechtsschutzzweckes in ihrem materiellen Gehalt hier nicht anwendbar. Das sollte aber nicht hindern aus Zweckmäßigkeitsgründen den rein formalen Verfahrensgang für e.AOen vor den Verwaltungsgerichten beizubehalten.

---

65) Vgl. dazu und im folgenden die Ausführungen mit zahlreichen Nachweisen im 4. Abschn., § 15, I., 2.) b), insbesondere die Voranm. 25-34.

Bleiben somit die Zulässigkeitsregeln der verwaltungsgerichtlichen Anordnungsbefugnis im wesentlichen anwendbar, so liegen die Besonderheiten dieses Verfahrens vor allem bei der Begründetheitsprüfung. Hier braucht das Erfordernis eines besonderen Rechtsverhältnisses nicht mehr geprüft zu werden. Auch wesentliche Individualinteressen können nur insoweit eine Rolle spielen, als sie sich zu Belangen des gemeinen Wohls verdichtet haben. Bei offensichtlicher Unzulässigkeit oder Unbegründetheit des Normenkontrollantrags werden auch hier e.AOen als unbegründet abzulehnen sein, während evidente Erfolgsaussichten positiv berücksichtigungsfähig sind. Aber auch in einem solchen Fall kann eine e.AO nur dann ergehen, wenn dies zur Abwehr schwerer Nachteile, zur Verhinderung drohender Gewalt oder aus einem anderen wichtigen Grund zum gemeinen Wohl dringend geboten ist. Der wohl einzige häufiger auftretende Fall, der zu einer e.AO nach diesen Grundsätzen führen kann, wird eine "beachtliche", unter Umständen durch den Normenkontrollantrag selbst herbeigeführte Rechtsunsicherheit sein. Die Verletzung fundamentaler Verfassungsprinzipien, die Verursachung nachhaltiger Schäden für die gesamte Volkswirtschaft oder andere vom BVerfG bisher anerkannte Gemeinwohltatbestände [66] werden im unterlandesgesetzlichen Bereich im Zusammenhang mit dem Erlaß e.AOen kaum eine Rolle spielen.

III. Verfahrensrechtliche Einzelfragen

1.) Allgemeine Verfahrensgrundsätze

Jedes beim Verwaltungsgericht anhängige Verfahren, somit auch das Anordnungsverfahren, wird vom "Untersuchungsgrundsatz"(im Gegensatz zur "Verhandlungsmaxime" der ZPO) beherrscht, der seinen Ausdruck in der Regelung des § 86 Abs. I VwGO gefunden

---

66) Vgl. zu den für die Aussetzung des Vollzugs von Normen vom BVerfG in Betracht gezogenen Gründen: Leibholz/Rupprecht, BVerfGG, § 32 Rdnr. 16.

hat. [67] Danach hat das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen; es muß sich bemühen, den wahren Sachverhalt ohne Rücksicht auf den Vortrag der Beteiligten zu ermitteln und auf diesen Sachverhalt die einschlägigen Rechtssätze anzuwenden.

Von der Untersuchung und der Verhandlungsmaxime ist das Begriffspaar der Offizial- und Dispositionsmaxime zu unterscheiden.
Nach der gleichermaßen in ZPO und - mit geringfügigen Einschränkungen [68] - auch in der VwGO geltenden Dispositionsmaxime sind allein die Beteiligten befugt ein Verfahren in Gang zu setzen, weiterzuführen oder zu beenden. Nach der Offizialmaxime, die weder in der ZPO noch in der VwGO gilt, steht dieses Recht den Gerichten selbst zu.

Diese in der VwGO geltenden Grundprinzipien bleiben nicht ohne konkrete Auswirkungen auf Einzelfragen des Anordnungsverfahrens. So wird etwa im Rahmen der Behandlung des Antragserfordernisses letztlich auf die Geltung der Offizialmaxime abzustellen sein. Besondere Probleme ergeben sich aus der in § 123 Abs. III und IV enthaltenen Verweisung auf die im Gegensatz zur VwGO von der Verhandlungsmaxime bestimmte ZPO. Wie vorne bereits erarbeitet worden ist, kann z.B. trotz des Verweises in § 123 Abs. III VwGO auf die Vorschrift des § 920 (Abs. II) ZPO eine "Glaubhaftmachung" im zivilprozessualen Sinn bei der verwaltungsgerichtlichen e.AO nicht angenommen werden, da wegen des hier herrschenden Untersuchungsgrundsatzes die "Glaubhaftmachung" bezüglich des gesamten Tatsa-

---

67) Vgl. allg. zu den Grundsätzen des Verwaltungsprozesses den gleichnamigen Aufsatz von Lüke/Schröder, JuS 1961, S. 41 ff.

68) Eine Durchbrechung der Dispositionsmaxime zu Gunsten der Offizialmaxime erfolgt nur in den Fällen, in denen ein Vertreter des öffentl. Interesses am Verfahren beteiligt ist. Einzelheiten hierüber bei Lüke/Schröder, a.a.O. (Voranm.), S. 48.

chenbereichs, also die Ermittlungstätigkeit, allein beim Gericht liegt.[69] Unter der Herrschaft des den Verwaltungsprozeß kennzeichnenden Untersuchungsgrundsatzes kann die Glaubhaftmachung nur als eine besondere Konkretisierung des Rechtsschutzbedürfnisses verstanden werden. Ihr ist für das Anordnungsverfahren dieselbe Funktion zuzuerkennen, die die Behauptung einer Rechtsverletzung gemäß § 42 Abs. II VwGO im allgemeinen Verwaltungsstreitverfahren erfüllt.

2.) Vorbereitung und Form der Anordnungsentscheidung

a) Zuständigkeit des Gerichts der Hauptsache

Nach Maßgabe des § 123 Abs. II S. 1 VwGO ist für den Erlaß e.AOen das Gericht der Hauptsache zuständig.
Im Rahmen eines bereits anhängig gemachten verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens ist somit gemäß § 47 S. 1 VwGO i.V.m. den entsprechenden Ausführungsgesetzen der Länder das Oberverwaltungsgericht, beziehungsweise der Verwaltungsgerichtshof des jeweiligen Landes zuständig.

Bestehen insoweit keinerlei Schwierigkeiten, so ist die Anordnungsbefugnis v o r "Klageerhebung", wie sie § 123 Abs. I, S. 1 VwGO enthält, nicht ganz unproblematisch. In einem solchen Fall stellt sich insbesondere die Frage, ob das Anordnungsverfahren nur zulässig ist, wenn die Zulässigkeit des Normenkontrollverfahrens bejaht werden kann.
Hierbei ist zu berücksichtigen, daß nach Sinn und Zweck der Normenkontrolle das für die vorläufige Regelung zuständige Gericht nicht eine nur einstweilige Maßnahme im Zusammenhang mit einer eventuell rechtswidrigen Norm treffen kann, ohne seiner Beanstandungsfunktion im Normenkontrollverfahren gemäß eine endgültige Klärung der Rechtsgültigkeit herbeizuführen. Es ginge nicht an, daß etwa ein Antragsteller mit Erfolg eine

---

69) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, IV., A) 2.) c).

e.AO begehrt, dann aber das Verfahren zur Hauptsache nicht weiter betreibt, und die Frage der Gültigkeit der Rechtsvorschrift offen bleibt.
Um dem vorzubeugen muß das Gericht - auch ohne entsprechenden Antrag eines Beteiligten - dem Antragsteller aufgeben, binnen einer bestimmten Frist den Normenkontrollantrag zu stellen (§ 123 Abs. III VwGO i.V.m. § 926 Abs. I ZPO). Wird dem nicht Folge geleistet, so ist die eventuell erlassene e.AO wieder aufzuheben (§ 926 Abs. II ZPO). [70]
Solcherart notwendige Maßnahmen sind natürlich nur dann überhaupt möglich, wenn der Antragsteller des Anordnungsverfahrens auch im Normenkontrollverfahren antragsberechtigt ist. Daraus ergibt sich zwingend, daß die Zulässigkeit der Normenkontrolle auch Zulässigkeitsvoraussetzung für die e.AO sein muß. Die abstrakt-generelle Zuständigkeit des Oberverwaltungsgerichts (VGH) genügt nicht. [71]

b) Das Antragserfordernis

Aufgrund der allgemein im Verwaltungsprozeß herrschenden Dispositionsmaxime kann eine e.AO nur auf Antrag erlassen werden. [72] Eine vorläufige Regelung von Amts wegen, wie sie zum Beispiel das BVerfG bezüglich der Anordnungsbefugnis gemäß § 32 BVerfGG für sich in Anspruch nimmt [73], ist im Verwaltungsprozeß und insbesondere auch im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren nicht möglich.

Der Antrag muß dem allgemeinen für Klageanträge (§ 82 S. 1 VwGO)

---

70) Zum Verfahren vgl. Eyermann/Fröhler § 123 Rdnr. 23.

71) Ebenso für die allg. Verfahrensarten, Eyermann/Fröhler, § 123 Rdnr. 17: "Nur auf Antrag eines Beteiligten, der selbst klagen kann ... kann eine e.AO ergehen."

72) Ganz allg. Meinung. Vgl. etwa Redeker/von Oertzen, § 123 Rdnr. 16; Eyermann/Fröhler, Rdnr. 17 § 123; Ule, VwGO, § 123 II 1; Quaritsch, S. 367 f.

73) Z.B.: BVerfGE 1, 74 f.; 1, 281 (283); 1, 349; 15, 77 (79).

geltenden Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Er muß die angeblich ungültige Norm bezeichnen und weiterhin erkennen lassen, inwieweit diese den Antragsteller benachteiligt. Es muß also erkennbar sein, "welchen Rechtsschutz der Antragsteller begehrt und in welchem Umfang". [74]

Wie die Klage, setzt auch der Anordnungsantrag eine "Befugnis" voraus (Antragsbefugnis). Diese ist gegeben, wenn der Antragsteller die in § 123 Abs. I verlangten Erfordernisse einer e.AO substantiiert ("schlüssig") darzulegen vermag. Die allgemeinen Grundsätze über die Klagebefugnis sind insoweit auch auf das Verfahren über e.AOen anzuwenden. Einer Glaubhaftmachung bedarf es weder im Zulässigkeitsstadium noch ist sie Voraussetzung der Begründetheit, da sich das Gericht dem Untersuchungsgrundsatz entsprechend selbst Gewißheit verschaffen muß.

c) Entbehrlichkeit einer mündlichen Verhandlung

In der Regel entscheiden die Verwaltungsgerichte auf Grund einer mündlichen Verhandlung (§ 101 Abs. I VwGO), es sei denn die Beteiligten hätten sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt (§ 101 Abs. II VwGO). Es liegt im Wesen der "eilbedürftigen" e.AO, daß sie - auch wenn die Beteiligten nicht ausdrücklich darauf verzichten - ohne eine mündliche Verhandlung möglich sein muß, wenn die besonderen Umstände dies erfordern. § 123 Abs. III VwGO i.V.m. § 921 Abs. I ZPO stellt dies noch einmal ausdrücklich klar.

Die Anordnungsentscheidung kann mit oder ohne mündliche Verhandlung ergehen. Die Entscheidung über die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. [75] Abzulehnen ist die insbesondere noch von Penz-

---

74) OVG Münster, DVBl. 1959, S. 293.

75) Nachdem nun auch Redeker/von Oertzen (§ 123 Rdnr. 20) und Klinger (S. 563) ihre abweichende Auffassung aufgegeben haben, kann man von einer allg. Meinung sprechen. Vgl. (Fortsetzung)

kofer [76] vertretene Ansicht, es müsse ausnahmslos ohne mündliche Verhandlung entschieden werden. Mit dem Verweis in § 123 Abs. III VwGO ist § 926 Abs. I ZPO zu einer Regelung der VwGO geworden, sodaß nicht mit § 173 und § 101 Abs. III VwGO argumentiert werden kann.

Auch im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren ist von diesen Grundsätzen auszugehen. Eine generelle Regelung, wann eine mündliche Verhandlung anzuberaumen ist, kann nicht getroffen werden. Entscheidend wird häufig sein, inwieweit die Nachteilszufügung durch die angeblich rechtswidrige Vorschrift geklärt ist, und welche Dringlichkeitsstufe im Einzelfall gegeben ist. Letztlich sind Gründe der Prozeßökonomie maßgebend, so daß das Gericht über die Anberaumung einer mündlichen Verhandlung nur von Fall zu Fall zu entscheiden hat.

d) Form der Anordnungsentscheidung

Die Frage, ob und wann im verwaltungsgerichtlichen Anordnungsverfahren durch Urteil oder Beschluß zu entscheiden ist, ist seit langer Zeit umstritten.
Einerseits wird die Ansicht vertreten, daß bei Entscheidung auf Grund einer mündlichen Verhandlung durch Urteil, bei Entscheidung ohne mündliche Verhandlung durch Beschluß zu entscheiden sei. [77] Andererseits soll ohne Rücksicht auf den Verfahrensgang stets durch Beschluß entschieden werden. [78]

Fortsetzung:
Eyermann/Fröhler § 123 Rdnr. 21. Die von Penzkofer (BayVBl. 1964, S. 287 f.) angeführten Literaturstimmen sind zwischenzeitlich überholt.

76) A.a.O. (Voranm.).

77) Redeker/von Oertzen § 123 Rdnr. 20, Rambeck, NJW 1961, S. 1336; Loppuch, DÖV 1965, S. 104; Ule, VPR, S. 253; OVG Berlin, OVGE 6, 158.

78) Jetzt wohl h.M.: Eyermann/Fröhler § 123 Rdnr. 21; BVerwGE (Fortsetzung)

Wie immer dem auch sein mag, über einen Anordnungsantrag im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ist stets - ob nun eine mündliche Verhandlung stattgefunden hat oder nicht - durch Beschluß zu entscheiden, da auch im Hauptsachverfahren nur durch Beschluß entschieden werden kann.

IV. Ergebnis

Im Ergebnis gilt es festzuhalten: Im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren sind e.AOen grundsätzlich zulässig. Die konkrete Ausformung des Instituts richtet sich nach dem jeweiligen Zweck der Institute der Normenkontrolle und Anordnungsbefugnis.

Während im Hinblick auf den äußeren Verfahrensgang die in § 123 VwGO enthaltenen, das vorläufige Verfahren vor den Verwaltungsgerichten regelnden Vorschriften auf beide Alternativen des § 47 S. 2 VwGO bezogen werden können, ist bezüglich der materiell-rechtlichen Ausgestaltung der e.AO-Befugnis nach den Antragstellern zu differenzieren.
Bei der Normenkontrolle auf Individualantrag (§ 47 S. 2, 1. Alt. VwGO) ist dem Rechtsschutzzweck dieser Alternative gemäß die auf Individualrechtsschutz abzielende Vorschrift des § 123 VwGO entsprechend heranzuziehen.
Die vorläufige Regelungsbefugnis im Rahmen eines Normenkontrollverfahrens auf Initiative einer Behörde (§ 47 S. 2, 2. Alt. VwGO) bestimmt sich der reinen Beanstandungsfunktion dieses Verfahrens entsprechend nach den bei § 32 BVerfGG geltenden Grundsätzen.

Während im letzteren Fall die vom BVerfG entwickelten Regeln

Fortsetzung:
30, 91; Hess. VGH ESVGH 20, 151; Bay VGH, BayVBl. 1971, S. 190 unter ausdrücklicher Aufgabe der in NJW 1966, S. 751 vertretenen abw. Ansicht. OVG Hamburg, DÖV 1964, S. 564.

in Reinkultur übernommen werden können, sind im ersteren Fall die ausschließlich vom Einzelrechtsschutz beherrschten Grundsätze zu § 123 VwGO mit Rücksicht auf den zusätzlichen Beanstandungszweck dieses Kontrollverfahrens nur modifiziert anwendbar. Über die nach § 123 Abs. I VwGO vorzunehmende Abwägung öffentlicher und privater Interessen ist ein gerechter Ausgleich zwischen den Belangen der Allgemeinheit und der Einzelpersonen anzustreben. Die primär am Einzelrechtsschutz orientierten Maßstäbe des § 123 VwGO werden auf diesem Weg mit Gemeinwohlgesichtspunkten gekoppelt. Beide Kriterien stehen sich grundsätzlich gleichgewichtig gegenüber, sodaß das Überwiegen einer Komponente nur nach den konkreten Umständen des Einzelfalles bemessen werden kann.

In der Praxis wird ein überwiegendes Einzelinteresse am Erlaß einer e.AO oder ein dem nicht entgegenstehendes öffentliches Interesse nichts außergewöhnliches darstellen, während der Fall, daß Gemeinwohlaspekte den Erlaß einer e.AO unabweisbar machen, ein seltener Ausnahmefall bleiben wird. Die Aussetzung einer Norm wird also im Normenkontrollverfahren auf Individualantrag häufiger einstweilig angeordnet werden, als dies im Rahmen der Rechtskontrolle auf behördliche Initiative der Fall sein wird. Hier wird sie - ähnlich der verfassungsgerichtlichen e.AO - eine Ausnahmeerscheinung sein.

§ 16 Inhalt und Grenzen einstweiliger Anordnungen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren

I. Der gesetzlich festgelegte Inhalt

Weder § 123 Abs. I VwGO noch § 32 Abs. I BVerfGG geben eine nähere Umschreibung des möglichen Inhalts einer e.AO. Während für § 123 VwGO durch den in Abs. III der Vorschrift enthaltenen Verweis auf die Regelung des § 938 Abs. I ZPO aber deutlich ausgesprochen wird, daß das Gericht nach freiem Ermessen [79] bestimmt, welche Anordnung zur Erreichung des Zwecks erforderlich ist, ergibt sich dieses nur durch den Zweck der e.AO und durch den Begriff der Erforderlichkeit begrenzte Auswahlermessen des Gerichts für § 32 BVerfGG aus einer sinngemäßen Auslegung des Gesetzestextes.

Der Zweck der e.AO wiederum ergibt sich ebenfalls aus den gesetzlichen Regelungen der §§ 123 Abs. I Satz 1 und 2 VwGO und § 32 Abs. I BVerfGG, da die dort festgelegten Voraussetzungen für den Erlaß e.AOen zugleich auch deren Inhalt umgrenzen.
Die Erforderlichkeit richtet sich nach den Prinzipien der Zweckmäßigkeit, Verhältnismäßigkeit und des geringstmöglichen Eingriffs.
Innerhalb dieser Grenzen muß die e.AO ihrem Inhalt nach geeignet sein, das erstrebte Ziel zu erreichen. Nicht der Erlaß der e.AO als solcher steht also im richterlichen Ermessen, sondern nur das Mittel zur Erreichung des Zwecks.

---

79) Quaritsch, S. 351 und Eyermann/Fröhler § 123 Rdnr. 22 für § 123 VwGO. Fuß, DÖV 1959, S. 208 und Maunz/Sigloch, BVerfGG,§ 32 Rdnr. 26 für § 32 BVerfGG. A.A. Obermayer, Gedächtnisschr., S. 884, der insoweit "Ausfüllung eines unbestimmten Rechtsbegriffs durch das Gericht" annimmt.

II. Bindung des Gerichts an den Anordnungsantrag

Mit dem freien Ermessen des Gerichts bezüglich des Inhalts der e.AOen scheint der oben geforderte Bestimmtheitsgrad des Anordnungsantrags nicht vereinbar zu sein.
Wie soll der Antragsteller bei der Präzisierung seines Anordnungsbegehrens ahnen, welche Maßnahme das angerufene Gericht zur vorläufigen Regelung für erforderlich hält und in welche Richtung es sein freies Ermessen walten lassen will. Zumal das Gericht wegen der wesenhaften Eilbedürftigkeit der Sache kaum einen Hinweis zur Richtigstellung des Antrags wird geben können. Wie aber, wenn der Antragsteller etwa die vorläufige Ungültigkeitserklärung der angegriffenen Norm verlangt, oder seinen Antrag auf eine bestimmte im konkreten Fall gerade nicht zutreffende Form der Vollzugsaussetzung präzisiert?

Unproblematisch ist dies nach den bei § 32 BVerfGG anerkannten Grundsätzen. Hier ist das Gericht in keiner Weise an die Anordnungsanträge gebunden. Das BVerfG hat vielmehr die möglichen Anordnungen gegeneinander abzuwägen und unabhängig von den gestellten Anträgen das anzuordnen, was nach Zweck und Ausmaß dringend geboten erscheint [80].
Anders bei § 123 VwGO [81]. Hier ergibt sich aus der im Verwaltungsprozeß grundsätzlich herrschenden Dispositionsmaxime, daß Rechtsschutz nur gewährt werden kann, wenn, soweit und solange er begehrt wird. Die e.AO kann also inhaltlich nicht mehr und nichts anderes gewähren, als im Antrag begehrt wird. § 88 VwGO übernimmt insoweit auch für den Verwaltungsprozeß den gemeinrechtlichen Grundsatz: "ne eat iudex ultra petita partium".
Gleichzeitig bestimmt § 88 VwGO aber auch, daß das Gericht an die Fassung der Anträge nicht gebunden ist, nur der Inhalt bindend ist. Wenn der Antragsteller also eine "vorläu-

---

80) Maunz/Sigloch, BVerfGG, § 32 Rdnr. 26; Tüttenberg, S.103 f.

81) Vgl. Baur, Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S.64 ff. (75).

fige Ungültigkeitserklärung" fordert, aus der weiteren Begründung des Begehrens aber eindeutig hervorgeht, daß er lediglich vorläufige Vollzugsaussetzung meint, so stört die falsa demonstratio nicht weiter [82].

Diese Beschränkung der Dispositionsmaxime auf den materiellen Gehalt des Anordnungsantrags kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, daß der aus dem Zivilprozeß übernommene Grundsatz den verwaltungsprozessualen Gegebenheiten nur insoweit gerecht werden kann, als lediglich Parteiinteressen auf dem Spiele stehen. Ist aber - wie im vorläufigen Verfahren im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle - das öffentliche Interesse mitzuberücksichtigen, so kann den Verfahrensbeteiligten die Herrschaft über die inhaltliche Ausgestaltung einer Maßnahme nicht allein überlassen bleiben. Wie § 123 VwGO in materieller Hinsicht den Besonderheiten des Normenkontrollverfahrens nur dadurch angepaßt werden konnte, daß über die Interessenabwägung die öffentlichen Interessen verstärkt berücksichtigt wurden, so ist diese Vorschrift in verfahrensrechtlicher Hinsicht auf die gleiche Weise dem teilweise objektiven Charakter der Hauptsache anzupassen. Dementsprechend muß das Gericht aus Gründen des öffentlichen Interesses von dem im Anordnungsantrag bezeichneten Begehren abweichen und die geeigneten Maßnahmen auch gegen den ausdrücklichen Antragsinhalt anordnen können.

Solche Durchbrechung der Dispositionsmaxime zugunsten der Offizialmaxime ist dem Verwaltungsprozeß nicht grundsätzlich fremd. Wie die Fälle der Beteiligung eines Vertreters des öffentlichen Interesses (VöI), bzw. des Oberbundesanwalts beim Bundesverwaltungsgericht zeigen, wird nicht nur das ma-

---

82) So hat sich der BW VGH i.d.Beschl.v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102 ff. zu Recht nicht von einer Vollzugsaussetzung abhalten lassen, obwohl die AStin begehrt hatte "die Satzung einstweilen bis zur Hauptsacheentscheidung ... für ungültig zu erklären".

terielle öffentliche Recht von der Abwägung relevanter öffentlicher und privater Interessen beherrscht. Die im einzelnen von Schröder [83] besprochenen Durchbrechungen der Dispositionsmaxime zugunsten der Offizialmaxime machen deutlich, daß auch die Maximen des Verfahrensrechts solcher Interessenabwägung unterliegen.

III. Berücksichtigung der möglichen Normenkontrollentscheidung

Eine besondere Inhaltsbestimmung ergibt sich, wie bereits erarbeitet worden ist, [84] aus dem Wesen der e.AO als "vorläufige Regelung". Die e.AO darf die Entscheidung in der Hauptsache nicht irreparabel vorwegnehmen und keine endgültigen Rechtspositionen erteilen.
Diese Erfordernisse machen eine e.AO im Normenkontrollverfahren nicht grundsätzlich unzulässig, da eine Aussetzung der Vollziehung der angegriffenen Norm regelmäßig noch der Herrschaft des endgültig entscheidenden Gerichts unterliegt.

Nachdem Zulässigkeit und Voraussetzungen der e.AO im Normenkontrollverfahren feststehen, soll an dieser Stelle untersucht werden, ob und inwieweit die Normenkontrollentscheidung schon im vorläufigen Verfahren zu berücksichtigen ist, und ob mit einer e.AO ausnahmsweise auch einmal endgültige Rechtspositionen erteilt werden können.

1.) Orientierung an den Erfolgsaussichten des Normenkontrollverfahrens

Die Oberverwaltungsgerichte und Verwaltungsgerichtshöfe der Länder stehen bei jeder Entscheidung über den Erlaß einer e.AO vor der Frage, ob die Hauptsache in irgendeiner Form berücksichtigt werden soll oder nicht. Die im Normenkontroll-

---

83) Lüke/Schröder, Grundsätze des Verwaltungsprozesses, JuS 1961, S. 41 ff., 48 ff. (Korreferat, S. 48 f.).

84) Vgl.: 2. Abschn., § 8, IV., B) 1.).

verfahren maßgebliche Rechtsfrage nach der Gültigkeit der angegriffenen Norm wird von der die Anordnungsbefugnis bejahenden Rechtsprechung und Literatur in der Form einer summarischen Prüfung der Erfolgsaussichten des Normenkontrollantrags zum Gegenstand der Erörterung des vorläufigen Verfahrens gemacht.

So hält es der BW VGH [85] für "geboten" die Erfolgsaussichten des Antragstellers im Normenkontrollverfahren "summarisch zu überprüfen". Nur wenn diese summarische Prüfung keine Klarheit über die Rechtslage zu verschaffen vermag und deshalb eine "nicht unbeachtliche Rechtsunsicherheit" besteht, ist nach Ansicht des Gerichts die Erwägung, wie die Entscheidung in der Hauptsache lauten wird, außer Betracht zu lassen und eine Folgenabwägung zur Entscheidungsgrundlage zu machen. Im Beschluß vom 31.1.1969 [86] hat das Gericht eine e.AO nach summarischer Prüfung der Gültigkeit der angegriffenen Norm erlassen, weil "der Normenkontrollantrag aller Voraussicht nach Erfolg haben wird...".

Der Hess. VGH [87] hätte in dem Beschluß vom 13.11.1969 ebenfalls eine e.AO erlassen, wenn die Antragsteller in der Hauptsache mit großer Wahrscheinlichkeit auf einen Erfolg hätten rechnen können.

Auch in der Rechtswissenschaft ist im Anschluß an Quaritsch [88], der "ernsthafte Zweifel an der Rechtmäßigkeit der angegriffenen Vorschrift" gefordert hat, die Berücksichtigung der Erfolgsaussichten des Hauptsachverfahrens vertreten worden.

Knoll [89] will in einer "doppelten Abwägung" die Erfolgsaussichten des Antragstellers im Normenkontrollverfahren mit in die Folgenabwägung hineintragen.

---

85) Beschl.d. I.Sen.v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102 ff.

86) IV. Sen. d. BW VGH, BWVBl. 1969, S. 42 ff. (43).

87) DÖV 1970, S. 100.

88) S. 367.

89) S. 104.

Baur [90] vertritt, ohne auf die besondere Problematik im Verfahren nach § 47 VwGO einzugehen, für § 123 VwGO die Meinung, daß "die e.AO wie die entsprechenden Institute des Zivilprozesses eine vorgängige materiellrechtliche Prüfung voraussetzt".
Auch Redeker/von Oertzen [91] verlangen im allgemeinen eine Prüfung und Entscheidung der Rechtsfragen schon im Anordnungsverfahren.

Dieser Auffassung, die die Wahrscheinlichkeit eines Erfolges im Normenkontrollverfahren als zusätzliche ungeschriebene materiell-rechtliche Voraussetzung für den Erlaß einer e.AO verlangt, kann nicht gefolgt werden.
Eine derartige rechtliche Schnellprüfung der zumeist schwierigen Frage der Gültigkeit einer Rechtsvorschrift soll über das Institut der e.AO gerade verhindert werden. Die Normenkontrollentscheidung soll eben nicht "über den Daumen gepeilt" werden. Das Gericht müßte sich hierbei notwendigerweise den Rechtsstandpunkt eines der Beteiligten vorläufig zu eigen machen und könnte die endgültige Normenkontrollentscheidung nicht mehr in dem erforderlichen Maße "offen halten". Aus dem Erlaß oder der Ablehnung einer beantragten e.AO könnten Schlußfolgerungen auf die endgültige Normenkontrollentscheidung gezogen werden, was wegen der trotzdem bestehenden Möglichkeit einer anderslautenden Hauptsacheentscheidung eine erhebliche Rechtsunsicherheit heraufbeschwören würde.

Die entscheidende dogmatische Begründung der Unzulässigkeit einer summarischen Prüfung der Gültigkeit der angegriffenen Norm liegt in der wiederholt herausgestellten Verschiedenheit der Verfahrensgegenstände von Normenkontrollverfahren und Anordnungsverfahren [92].
Nach richtiger, auch vom BVerfG anerkannter Auffassung ist

---

90) Studien zum einstweiligen Rechtsschutz, S. 35 ff. (42).
91) VwGO § 123 Rdnr. 18.
92) 2. Abschn., § 8, IV. A) 1.).

der Verfahrensgegenstand des Anordnungsverfahrens nicht die im Hauptsacheverfahren umstrittene Rechtsfrage, sondern die Sicherstellung der Effektivität der endgültigen Entscheidung dieser Rechtsfrage. Erwägungen wie die Hauptsacheentscheidung möglicherweise lauten wird, haben deshalb im vorläufigen Verfahren grundsätzlich außer Betracht zu bleiben. Eine summarische Prüfung der Wahrscheinlichkeit eines Erfolges im Normenkontrollverfahren ist mithin nicht möglich.

Dagegen kann ohne eine Schnellprüfung der Hauptsache die mögliche Normenkontrollentscheidung m i t t e l b a r eine gewisse Rolle spielen.
Wesen und Zweck der Anordnungsbefugnis gemäß kann eine vorläufige Regelung nur einer endgültigen Regelung vorausgehen. Ist es offensichtlich, daß eine solche endgültige Entscheidung überhaupt nicht getroffen werden kann oder eine Gefährdung dieser Entscheidung nicht möglich ist, so ist für eine e.AO selbstverständlich kein Raum. Das ist dann der Fall - und damit schließt sich der Kreis wiederum - wenn der Normenkontrollantrag offensichtlich unzulässig oder unbegründet ist, ein Erfolg im Hauptsacheverfahren also gar nicht möglich ist.

In diesen Fällen unterbleibt die e.AO aber nicht, weil das Gericht die Rechtsfrage der Hauptsache kurz überschlagen hat, sondern weil die tatbestandlichen Voraussetzungen der §§ 123 VwGO, 32 BVerfGG in besonders klar zutage tretender Weise vorliegen.
Dasselbe muß auch für den Fall der offensichtlichen Zulässigkeit und Begründetheit des Normenkontrollantrags gelten. Die "nicht unbeachtliche Rechtsunsicherheit", die in einem derartigen Fall den Erlaß einer e.AO in besonderem Maße gebietet, bezieht sich in 1. Linie also nicht auf die Frage der Gültigkeit der angegriffenen Norm, sondern auf die von diesem Problem scharf zu scheidende Frage [93], ob die angegriffene

---

93) Vgl. vorne: 2. Abschn., § 8, IV. A) 2.) c).

Norm m ö g l i c h e r w e i s e für ungültig erklärt werden kann. Diese der Klagebefugnis in § 42 VwGO verwandte Problemstellung vermeidet ausdrücklich die - wenn auch nur summarische - Prüfung der Begründetheit der Hauptsache.

Es hat daher bei folgender Regel zu bleiben:
Die Erwägung wie die Normenkontrollentscheidung wahrscheinlich lauten wird, hat im Anordnungsverfahren grundsätzlich außer Betracht zu bleiben.
Mittelbar ist die Hauptsache insoweit zu berücksichtigen, als offensichtliche Unzulässigkeit oder Unbegründetheit, beziehungsweise offensichtliche Zulässigkeit und Begründetheit vorliegt.

2.) Inhaltliche Begrenzung der einstweiligen Anordnung durch die Möglichkeiten der Normenkontrollentscheidung

Im Zivilprozeß ist es ganz herrschende Ansicht, daß mit einer e.AO keine Rechtsposition eingeräumt werden kann, die nicht auch im Sachurteil gewährt werden kann [94], Inhalt und Mittel einer e.AO also nicht weiter reichen als die Urteilskompetenz des Gerichts.
Gleiches soll nach überwiegender Ansicht auch für die verfassungsgerichtliche [95] und verwaltungsgerichtliche [96] e.AO gelten.
In dem Beschluß vom 27.5.1969 übernimmt der BayVGH [97] diese Grundsätze auch für e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normen-

---

94) Vgl.: Stein/Jonas, ZPO, § 938 Anm. I 3.); Baumbach/Lauterbach, ZPO, § 938 Anm. 1 C; Thomas/Putzo, ZPO, § 938 Anm. 1 c).

95) BVerfGE 7, 99 (105); 16, 220 (226); Tüttenberg, S. 106 f.

96) Eyermann/Fröhler, § 123 Rdnr. 6 und 8; Köhler, VwGO, § 123 Anm. III 6; Redeker/von Oertzen, § 123 Rdnr. 19; Ule, VwGO, § 123 Anm. 1; Rambeck, S. 1334; OVG Münster, DVBl. 1964, S. 122 (123); VGH München, VGHE n.F 17, 24 (35); a.A. Rohmeyer, S. 190 ff.; Wieseler, S. 198 ff. (204).

97) VerwRspr. 20, S. 1022 = BayVBl. 1969, S. 288.

kontrollverfahren. Er lehnt einen Antrag auf e.AO ab, weil mit ihm die Vollstreckung aus einem rechtskräftigen, auf der zu überprüfenden Norm beruhenden Verwaltungsakt verhindert werden sollte und damit im vorläufigen Verfahren eine Rechtsfolge herbeigeführt werden sollte, "die sich allenfalls aus einer (zu Gunsten der ASt.) ergehenden Normenkontrollentscheidung ergeben könnte". Dies ist nach Ansicht des Gerichts deshalb unzulässig, weil die Normenkontrollentscheidung nur die angefochtene Norm für ungültig erklären, d.h. ihre weitere Anwendung ausschließen kann, und "auch in einem e.AO-Verfahren im Rahmen einer Normenkontrolle keine über diese mögliche Hauptsachentscheidung hinausgehende Regelung getroffen werden kann". In die gleiche Richtung geht auch der Beschluß des I. Senats des BW VGH vom 22.10.1965 [98], in dem die Außervollzugsetzung eines angefochtenen Bebauungsplans angeordnet wurde, die zusätzliche vorläufige Einstellung der bereits eingeleiteten Baumaßnahmen jedoch unterblieb, weil "auch eine etwaige Ungültigkeitserklärung des Bebauungsplans im Normenkontrollverfahren nicht zur Folge hätte, daß die auf Grund der erteilten Baugenehmigungen eingeleiteten Bauarbeiten ohne weiteres einzustellen wären... Die ASt. würden demnach im Anordnungsverfahren einen Erfolg erzielen, den sie im Normenkontrollverfahren selbst dann nicht erreichen könnten, wenn entsprechend ihrem Antrag der Bebauungsplan hinsichtlich der beanstandeten Festsetzungen für ungültig erklärt werden müßte".
Das Gericht ließ jedoch offen, ob diese Beschränkung des Anordnungsinhalts durch die Reichweite der möglichen Normenkontrollentscheidung in jedem Falle gelten müsse.

Das dürfte nicht der Fall sein. Der Grundsatz, die e.AO dürfe nur soviel gewähren, wie auch das Gericht in der endgültigen Entscheidung zusprechen könne, wird den Gegebenheiten des Verwaltungsprozesses und insbesondere des verwaltungsge-

---

98) ESVGH 16, 31 (32 f.).

richtlichen Normenkontrollverfahrens nicht gerecht. "Diese im Gesetz jedenfalls ausdrücklich nicht verankerte, nirgends überprüfte, aber gleichwohl axiomenhafte stets verwandte Faustregel" [99] fußt offensichtlich auf der bereits abgelehnten These [100], Hauptentscheidung und Anordnungsentscheidung stünden im Verhältnis von plus und minus zueinander; die vorläufige Regelungsbefugnis bedeute gegenüber der Endentscheidung nur eine engere Spruchmacht, sei aber im übrigen von gleicher Rechtsqualität wie jene.
Es bedarf hier keiner Wiederholung des Nachweises, daß die Anordnungsbefugnis der Urteilsmacht gegenüber kein minus, sondern ein aliud ist.
Die wesensmäßige Verschiedenheit beider Verfahren wird durch die prozessuale Trennung in zwei selbständige Verfahren mit unterschiedlichen Verfahrensgegenständen nochmals ausdrücklich unterstrichen.
Was für die Unterschiedlichkeit der Rechtsnatur der beiden Entscheidungsarten (Hauptsacheentscheidung und e.AO) gilt, ist gleichermaßen auch für den Inhalt der Entscheidungen maßgebend: Die Möglichkeiten des Entscheidungsinhalts der e.AO sind nicht von denen des Endurteils begrenzt, sondern unterliegen selbständigen, vom Inhalt der Endentscheidung unabhängigen, im Institut der e.AO selbst begründeten Regeln. Der Inhalt der e.AO muß den vom Hauptsacheverfahren verschiedenen Zwecken dieses Instituts entsprechen. Erschöpft sich die Normenkontrollentscheidung inhaltlich in der Feststellung der Gültigkeit oder Ungültigkeit der angegriffenen Norm zum Zwecke objektiver Rechtskontrolle, beziehungsweise zusätzlicher Rechtsschutzgewährung, so müssen die Maßnahmen der e.AO zur "Offenhaltung" dieser Entscheidung gerade anderer und manigfaltiger Natur sein.
Der dem BW VGH vorgelegte Sachverhalt [101] zeigt dies deutlich.

---

99) Rohmeyer, S. 190.
100) Vgl.: 1. Abschn., § 5, II.
101) A.a.O. (Voranm. 98).

Gerade durch die Fertigstellung der bereits begonnenen Bauten können vollendete Tatsachen geschaffen werden, die sich bei einer späteren Nichtigerklärung oder Aufhebung des zugrunde liegenden Planes in den meisten Fällen nicht mehr rückgängig machen lassen und die Effektivität der endgültigen Normenkontrollentscheidung in beträchtlichem Maße mindern. So setzt ein Bebauungsplan nicht nur die von der Bebauung freizuhaltenden Grundstücke, sondern neben dem Bauland auch die Verkehrsflächen fest (§ 9 Abs. I, Nr. 1-3 BBauG). Sind aber erst einmal die baulichen Anlagen - insbesondere die häufig beträchtliche Geldsummen verschlingenden Verkehrsanlagen - fertiggestellt, so liegt es auf der Hand, daß die kostspieligen Bauten in der Praxis auch dann wohl kaum mehr beseitigt werden, wenn der entsprechende Plan für ungültig erklärt wird. [102]

In derartigen Fällen die vorläufige Regelungsmöglichkeit der e.AO auf den Inhalt der Normenkontrollentscheidung festzulegen, hieße oftmals die e.AO ihrer gesetzlichen Aufgabe mittellos zu überlassen.

3.) Vorwegnahme der Normenkontrollentscheidung (Durchbrechung des Vorgreiflichkeitsverbotes)

Eine weitere inhaltliche Begrenzung der Anordnungsbefugnis konnte bereits vorne [103] mit der dem Wesen e.AOen entspringenden Vorläufigkeitsgrenze gezogen werden. An dieser Stelle soll nun untersucht werden, ob das Gebot, die Entscheidung in der Hauptsache nicht irreparabel vorwegzunehmen [104] nicht ausnahmsweise durchbrochen werden kann.

Zweifellos widerspricht eine der Hauptsacheentscheidung vor-

---

102) Vgl. Blümel, Raumplanung, vollendete Tatsachen und Rechtsschutz, 1967, Festg.f. Ernst Forsthoff, S. 144 ff.

103) Vgl. 2. Abschn., § 8, IV., B.

104) A.a.O. (Voranm.).

greifende e.AO dem Wesen einer "einstweiligen" Regelung, doch ist Quaritsch [105] zuzustimmen, der diese dogmatische Inkonsequenz dann für unumgänglich hält, wenn sonst der Antragsteller ohne Rechtsschutz bliebe, weil ein "starres Festhalten am Verbot irreparabler Regelungen auch in diesem Fall das Prinzip zu Tode reiten" hieße.

Auch im Rahmen der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle muß das Verbot der Vorgreiflichkeit Ausnahmen erleiden können, wie dies für die übrigen Verfahren in der verwaltungsgerichtlichen Judikatur und Literatur anerkannt ist. [106]
Es gilt jedoch nicht nur auf das Rechtsschutzinteresse des Antragstellers abzustellen, sondern auch das öffentliche Interesse dem gemeinwohlbezogenen Aspekt der Normenkontrolle gemäß gebührend zu beachten.
Die Einräumung einer unabänderlichen Rechtsposition durch e.AO ist ausnahmsweise dann möglich, wenn sie im öffentlichen Interesse unerläßlich ist, oder das Einzelinteresse am Erlaß der e.AO das eventuell entgegenstehende Allgemeininteresse an der Nichteinräumung der endgültigen Rechtsposition überwiegt.
Wann das der Fall ist, kann wiederum nur für den Einzelfall entschieden werden. Jedenfalls beherrscht die Abwägung öffentlicher und privater Interessen auch dieses Anordnungsverfahren.

Einen lehrreichen Beispielsfall für die Handhabung der Interessenabwägung im Falle notwendiger Vorgreiflichkeit der e.AO bringt der Beschluß des I. Senats des BW VGH vom 18.4. 1966 [107].

---

105) S. 351.

106) BW VGH VerwRspr. 12, 1010; BWVBl. 1967, S. 43; OVG Münster JZ 1962, S. 322; OVG Lüneburg OVGE 18, 387 = DÖV 1962, S. 910; BayVGH NJW 1966, S. 751.
Quaritsch, a.a.O. (Voranm.) und S. 364; Eyermann/Fröhler, § 123 Rdnr. 8 und 13 a; Wieseler, S. 184 ff.; Knoll, S. 102 f.; Klein/Kupfer, S. 75 f.

107) ESVGH 16, 102 = VerwRspr. 18, 502.

Die Antragstellerin erstrebte als Lehrling die vorzeitige Zulassung zur Lehrabschlußprüfung, was von der zuständigen Industrie- und Handelskammer unter Hinweis auf eine entsprechende Bestimmung ihrer Satzung abgelehnt wurde. In dem anhängig gemachten Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO hatte die Antragstellerin diese Bestimmung der Satzung angefochten und dann im Wege der e.AO eine vorläufige Aussetzung der Vorschrift verlangt.
Das Gericht kam diesem Anordnungsantrag nach eingehender Abwägung des Einzelinteresses der Antragstellerin am Erlaß der e.AO gegen die öffentlichen Interessen am Vollzug der beanstandeten Vorschrift nach, obwohl mit der dadurch eingeräumten Möglichkeit vorzeitiger Prüfung eine unabänderliche Position der Antragstellerin begründet wurde; eine rein vorläufige Regelung war deshalb nicht möglich, weil die beantragte endgültige Normenkontrollentscheidung erst dann ergehen konnte, "als der Schaden, dessen Abwendung die Antragstellerin mit der e.AO erstrebt(e), infolge des Ablaufs der Termine für die Lehrabschlußprüfung ... bereits endgültig eingetreten wäre".

IV. Vorläufige Aussetzung des Normvollzugs als "geeignete" Maßnahme

1.) Auswahlermessen des Gerichts bezüglich "geeigneter" Maßnahmen.

Die Wahl der Mittel um die in den §§ 123 VwGO und 32 BVerfGG festgelegten Ziele zu erreichen, stehen im richterlichen Ermessen. Damit zieht das Gesetz die Konsequenz aus der unberechenbaren Fülle der zur Verwirklichung des gesetzlichen Ziels notwendigen fallgerechten Maßnahmen.
Dieses Auswahlermessen bezüglich der geeigneten Mittel gilt ohne Einschränkung auch im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren.

Eine vorläufige Nichtigerklärung der angegriffenen Norm steht jedoch - wie bereits ausführlich dargelegt - aus rechtslogischen Gründen nicht im Auswahlermessen des Gerichts. Dagegen ist eine einstweilige Vollzugsaussetzung der betreffenden Norm eine mögliche und in der Mehrzahl der Fälle auch "geeignete" Maßnahme. [108]

Sind sich die Befürworter e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren insoweit einig, so besteht - entgegen anderslautender Darstellung des Hess. VGH [109] - keine Einigkeit über die Tragweite derartiger Vollzugsaussetzungen. Diese Frage ist im Gegenteil noch heftig umstritten und soll im folgenden untersucht werden.

2.) Generelle oder partielle Vollzugsaussetzung

a) Meinungen in Rechtsprechung und Literatur

Quaritsch [110], der wohl erste Befürworter e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren, will die Vollzugsaussetzung der angegriffenen Norm auf den oder die Antragsteller beschränkt wissen, weil der seiner Ansicht nach uneingeschränkt anwendbare § 123 Abs. I S. 2 VwGO nur Rechtsschutz gegen eigene Nachteile des Antragstellers gewährt, das Rechtsschutzinteresse also im Anordnungsverfahren über seine Person nicht hinausreichen kann.
Ihm folgend haben späterhin Grundmann [111], Klotz [112], der I. Senat des BW VGH [113] und zuletzt wieder der Hess. VGH [114]

---

108) Dazu ausführlich vorne: 2. Abschn., § 8, III.
109) Beschl.v. 16.7.1969 (II. Sen.), DÖV 1970, S. 99 f.
110) S. 365.
111) Zur Vorgreiflichkeit, DÖV 1960, S. 685.
112) S. 189.
113) Beschl.v. 18.4.1966, ESVGH 16, 102 = VerwRspr. 18, 502.
114) Beschl.d. II. Sen.v. 16.7.1969, a.a.O. (Voranm. 109).

den Standpunkt vertreten, die Vollzugsaussetzung könne nur im Verhältnis zum Antragsteller als "Einzelfallregelung" angeordnet werden, um gerade die Nachteile zu verhindern, die Anlaß und prozessuale Voraussetzung des Normenkontrollantrags sind.
Im Gegensatz dazu steht eine offensichtlich an der Rechtsprechung des Bay VerfGH [115] orientierte Meinung, die im Normenkontrollverfahren als einem abstrakten und objektiven Verfahren "konkrete Maßnahmen zugunsten einzelner von dem angefochtenen Rechtssatz betroffener Personen, nicht - auch insbesondere nicht durch eine e.AO - erlassen" will. [115] Dem Wesen des Hauptsachverfahrens gemäß könnten vielmehr nur Maßnahmen mit genereller Wirkung getroffen werden.

In diese Richtung geht auch die Argumentation von Wolfram [116], der von der allgemeinverbindlichen Wirkung der Ungültigkeitsfeststellung im Normenkontrollverfahren auf die Notwendigkeit einer ebenfalls allgemeinverbindlichen Anordnungsentscheidung schließt. Auch Engelken [117] scheint dieser Auffassung zu folgen, wenn er von einer e.AO im Normenkontrollverfahren spricht, "die den gesamten Vollzug der Norm aussetzt".

Nicht so ausschließlich, aber doch regelmäßig will Obermayer [118] die Anordnungsmaßnahmen "aus tatsächlichen und rechtlichen Gründen ... nicht nur im Verhältnis zum Antragsteller, sondern auch allgemein-verbindlich verfügen". Obwohl Obermayer ausdrücklich auf die Rechtsprechung des BayVerfGH verweist, zeigt seine Begründung, daß er nicht vom Wesen der abstrakten Normenkontrolle her argumentiert, sondern die Effektivität

---

115) Bay VerfGH v. 6.5.1965, VGHE n.F 18 (1965), II, S.50 für das Popularklageverfahren gemäß Art. 98 S. 4 Bay. Verfassung; vgl. auch schon den Beschl.v. 20.4.1955, VGHE n.F 8 (1955), II, S. 33.

116) S. 160.

117) S. 337 FN 63.

118) Gedächtnisschr., S. 888/889.

der Anordnungsentscheidung und das Gebot des Gleichheitssatzes für ausschlaggebend hält.

Im Ergebnis stimmt Obermayer mit dem I. Senat des BW VGH [119] überein, der es im Falle der Anfechtung eines Bebauungsplans "zur Wahrung der Rechte des Antragstellers" für erforderlich hält, die gesamte "weitere Durchführung des Bebauungsplans bis auf weiteres in der Weise auszusetzen, daß die Erteilung neuer Baugenehmigungen und die Inangriffnahme neuer Erschließungsmaßnahmen untersagt wird". [120]
Auch der IV. Senat des Gerichts hält in dem Beschluß vom 14.2. 1967 [121] e.AOen für möglich, die über den Schutz des Antragstellers "im Wege der Einzelfallregelung" hinausgehen, wenn dies zur Sicherung der Endentscheidung dringend geboten ist. Zur Begründung beruft sich der Senat wiederum auf das Wesen der Normenkontrolle und verweist auf die ähnliche Situation bei der Verfassungsbeschwerde gegen Gesetze.

Auf die verfassungsgerichtliche e.AO hatte bekanntlich der II. Senat des BW VGH [122] schon in dem Beschluß vom 30.6.1961 seine Anordnungsbefugnis im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren gestützt und eine generell wirkende Vollzugsaussetzung verfügt.

In der Tat hält das BVerfG [123] die Außervollzugsetzung einer Norm in genereller Form gegenüber allen von der Norm Betroffenen, aber auch lediglich dem Antragsteller gegenüber für möglich, wobei je nach Einzelfall die eine oder andere Art der Aussetzung nach dem Ermessen des Gerichts verfügt werden kann.

---

119) Beschl. v. 22.10.1965, ESVGH 16, 31 (32).

120) Die Beschl.des I. Sen. v. 22.10.1965 (a.a.O., Voranm.) und v. 18.4.1966 (a.a.O., Voranm. 113) sind also widersprüchlich.

121) BW VGH, BWVBl. 1967, S. 74 ff. (75)= DVBl. 1967, S. 462 ff.

122) ESVGH 11, 22 ff. = BWVBl. 1961, S. 138 ff. (139).

123) BVerfGE 20, 363 ff. (365); Tüttenberg, S. 134; Maunz/Sigloch, BVerfGG,§ 32 Rdnr. 5 bis 7; Leibholz/Rupprecht, BVerfGG, § 32 Rdnr. 15 und 21.

Auf diese Verfassungsrechtsprechung verweisen auch neuerdings wieder Klein/Kupfer [124] zur Begründung ihres Standpunktes, die Vollziehung der betreffenden Norm je nach Bedürfnis "ganz oder teilweise auszusetzen".

b) Eigene Stellungnahme

Grundsätzlich ist der von Quaritsch getroffenen Feststellung zuzustimmen. Wenn man wie dieser Autor § 123 VwGO für unbeschränkt anwendbar hält, ist es nur konsequent wegen des auf die Person des Antragstellers beschränkten Rechtsschutzes e.AOen auch im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens lediglich im Verhältnis zum Antragsteller zuzulassen.

Nach den hier erarbeiteten Grundsätzen ist die Vorschrift des § 123 VwGO im Normenkontrollverfahren aber nicht, beziehungsweise nur modifiziert, anwendbar.
Im Falle einer Normenkontrolle auf Behördenantrag (§ 47 S.2, 2. Alt.) kann der Rechtsschutzgedanke schon deshalb nicht eingreifen, weil bei dieser Alternative des § 47 VwGO die e.AO der Rechtsnatur des Hauptsacheverfahrens entsprechend, nicht aus Gründen des Individualrechtsschutzes ergeht, sondern unter Heranziehung der bei § 32 BVerfGG geltenden Regeln nur aus dringenden Gründen des gemeinen Wohls ergehen kann. Dem objektiven Charakter der Normenkontrolle entsprechend und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BVerfG sind insoweit generelle Anordnungsmaßnahmen durchaus unbedenklich. Daneben muß aber auch, wenn es der Einzelfall erfordert, eine nur partielle Vollzugsaussetzung möglich sein. Die vom Bay VerfGH vertretene Gegenmeinung ist nur insoweit richtig, als in einem rein abstrakten, objektiven Verfahren keine zum Zwecke des Individualrechtsschutzes auf den Antragsteller beschränkte Maßnahmen ergehen können. Hierfür würde es schon an der dogmatischen Grundvoraussetzung der gemeinsamen Ziel-

---

124) S. 75/76, FN 27, 28 und 29.

setzung von Vor- und Nachverfahren fehlen. [125] Der weitergehende Schluß von der Allgemeinverbindlichkeit der Hauptsacheentscheidung auf die ebenfalls generelle Wirkung der Anordnungsentscheidung beruht auf der unzutreffenden Vorstellung, die Anordnungsentscheidung sei lediglich ein minus im Hinblick auf die Endentscheidung und deshalb von dieser inhaltlich begrenzt. [126] Ist aber die Anordnungsentscheidung ein aliud, so können die Wirkungen dieser Entscheidung völlig unabhängig von denen der Endentscheidung nur vom Zweck des Instituts bestimmt und begrenzt werden.

Im Falle der Normenkontrolle auf Antrag einer Person (§ 47 S. 2, 1. Alt. VwGO) ist § 123 Abs. I VwGO zwar grundsätzlich anwendbar, doch sind über die Interessenabwägung neben dem Rechtsschutzzweck der Vorschrift in verstärktem Maße auch die Interessen der Allgemeinheit zu berücksichtigen [127]. Die für e.AOen im Normenkontrollverfahren charakteristische Abwägung der öffentlichen und privaten Belange erstreckt sich nicht nur auf die Frage des Erlasses e.AOen überhaupt, sondern setzt sich fort bis hin zur Frage der Wirkungsweise der zu treffenden Maßnahmen. Demnach ist je nach Lage des Einzelfalles entweder eine generelle oder eine nur partielle Aussetzung zu verfügen, wie dies nach Berücksichtigung aller privater und öffentlicher Interessen geboten erscheint.

Im Falle einer Normenkontrolle auf Einzelantrag sind über die zum Schutz des Antragstellers gebotene Einzelfallregelung hinausgehende, generelle e.AOen dann angebracht, wenn dies zur Sicherung der Endentscheidung oder aus anderen Gemeinwohlgesichtspunkten dringend geboten erscheint.
So kann der von Obermayer ins Treffen geführte Gleichheitsgrundsatz im Rahmen der zu berücksichtigenden öffentlichen Interessen durchaus zu einer generellen Anordnung führen, wenn in einem konkreten Einzelfall die Gleichbehandlung aller Norm-

---

125) Vgl. dazu vorne: 2. Abschn., § 8, VI., 1.).
126) Vgl. vorne: 1. Abschn., § 2.
127) Vgl. vorne: 4. Abschn., § 15, I., 2. b).

betroffenen auch bezüglich einer nur vorläufigen Regelung dringend geboten erscheint. [128)]

§ 17 Rechtswirkungen der einstweiligen Aussetzung des Normvollzugs

I. Keine Rechtskraftwirkung und keine präjudizielle Wirkung der Vollzugsaussetzung

Schon wegen der Verschiedenheit der Verfahrensgegenstände im vorläufigen Verfahren und Hauptsachverfahren kann von der Entscheidung über den Erlaß einer e.AO kein Schluß auf das Erkenntnis der Hauptsache (Gültigkeit oder Ungültigkeit der angegriffenen Norm) gezogen werden.
Erst recht schafft die Anordnungsentscheidung für die Hauptsache keine Rechtskraft.

Sie erwächst überhaupt weder in materieller noch prozessualer Rechtskraft. [129)] Dies ergibt sich schon aus dem Wesen der e.AO als lediglich "vorläufige" Regelung, die auch dem erlassenden Gericht gegenüber nicht endgültig bindend sein kann,

---

128) Überhaupt deckt sich die hier vertretene Meinung im Ergebnis mit der von Obermayer a.a.O. (Voranm. 118), Klein/Kupfer, a.a.O. (Voranm. 124), dem I. Sen.,des BW VGH 1965 a.a.O. (Voranm. 119), dem IV. Sen., a.a.O. (Voranm. 121) und dem II. Sen., a.a.O. (Voranm. 122) desselben Gerichts und dem BVerfG, a.a.O. (Voranm. 123) vertretenen "Sowohl-als-auch-Position".

129) So auch allgm. f. die verwaltungsgerichtliche e.AO nach § 123 VwGO: Eyermann/Fröhler, § 121 Rdnr. 5; Hess. VGH v. 8.5.1967, DÖV 1968, S. 139, a.A. OVG Münster, Beschl. v. 4.11.1970, VerwRspr. 22, 511.
Im Zivilprozeß ist diese Frage str.; vgl. dazu Baur, S. 86 (FN 23), der Rechtskraftwirkung bejaht.
Für die verfassungsgerichtliche e.AO wird Rechtskraft einhellig abgelehnt: BVerfGE 15, 219 (221); 4, 250 (271); 8, 42 (46); 15, 219 (221); Lechner, BVerfGG, § 32 Anm.5; Leibholz/Rupprecht, BVerfGG, § 32 Rdnr. 22; Maunz/Sigloch, BVerfGG, § 32 Rdnr. 35; Tüttenberg, S. 142.

wenn in einem späteren Anordnungsverfahren über denselben Verfahrensgegenstand erneut vorläufig entschieden werden soll. Im übrigen sind Beschlüsse der materiellen Rechtskraft nur insoweit fähig, als sie eine selbständige endgültige Entscheidung enthalten [130] und im Normenkontrollverfahren sind e.AOen immer durch Beschluß zu entscheiden. [131]

Für den Anordnungsbeschluß gilt auch nicht der Grundsatz "ne bis in idem". Ein abgelehnter Antrag auf Vollzugsaussetzung kann vielmehr erneut und positiv entschieden werden, wenn er auf neue Gründe gestützt wird, die aus Rechtsschutzinteressen oder auf Grund öffentlicher Belange den Erlaß e.AOen nun gebieten [132].

Diese Grundsätze gelten sowohl für die nach dem Vorbild des § 32 BVerfGG erlassenen e.AOen, für die § 31 BVerfGG nicht gilt, als auch - trotz der Nichterwähnung von § 927 ZPO - für die Anordnungsentscheidung aufgrund entsprechender Anwendung der modifizierten Vorschrift des § 123 VwGO. [133]

II. Beginn und Ende der Aussetzungswirkung

Die zeitliche Dauer der Vollzugsaussetzung wird zunächst durch die wesensmäßige "Vorläufigkeit" e.AOen bestimmt. Vorläufig heißt, daß die angeordnete Gestaltung auflösend bedingt ist durch die endgültige Endentscheidung des Gerichts der Hauptsache.
Die Aussetzung der Normvollziehung kann demnach nur bis zur Verkündung bzw. Bekanntmachung der Normenkontrollentscheidung wirken, mag sie für den Antragsteller günstig oder un-

---

130) Eyermann/Fröhler, § 121 Rdnr. 5.

131) Vgl. vorne: 4. Abschn., § 15, III., 2.) d).

132) Vgl. die in Voranm. 129 angeführten Nachw.

133) Im Ergebnis ebenso: Redeker/von Oertzen, § 123 Rdnr. 29; a.A.: Eyermann/Fröhler, § 123 Rdnr. 27, m.w.N.

günstig sein. In diesem Zeitpunkt tritt die endgültige Ordnung automatisch, ohne weiteren gerichtlichen oder sonstigen Akt, an die Stelle der vorläufigen Ordnung.

Im Hinblick auf den Beginn der Aussetzungswirkung sagt der Begriff der Vorläufigkeit hingegen nichts aus. Die e.AO könnte sowohl ex nunc, als auch ex tunc wirken.
Aus Funktion und gesetzlicher Fassung der §§ 123 VwGO und 32 BVerfGG ergibt sich jedoch, daß nur weitere, also k ü n f t i g e Nachteile abgewendet werden sollen. Für den zurückliegenden Zeitraum können Nachteile die bereits eingetreten sind (oder auch nicht eingetreten sind), nicht "verhindert" oder "abgewendet" werden.
Die Vollzugsaussetzung der angegriffenen Norm wirkt mithin lediglich e x n u n c [134].
Reicht diese Wirkung im Einzelfall nicht aus, um den Anordnungszweck zu erreichen, ist es also "nötig" auch zurückliegende Sachverhalte zu erfassen, um künftige Nachteile abzuwenden, so steht es dem Gericht frei, im Rahmen seines pflichtgemäß auszuübenden Auswahlermessens entsprechende "geeignete" Maßnahmen anzuordnen.

---

134) So auch deutlich der Beschl.d.I.Sen.d.BW VGH v. 22.10. 1965, ESVGH 16, 31 ff.

Fünfter Abschnitt

§ 18 Zusammenfassung der Untersuchungsergebnisse

I. Die Gründe für die Notwendigkeit konkreter Problembehandlung

1.) Die These, die e.AO-Befugnis sei ohne Rücksicht auf eine gesetzliche Grundlage "Ausfluß und notwendiger Bestandteil jeder Gerichtsbarkeit" ist nicht verifizierbar, war seit jeher umstritten und kann demnach keine tragfähige Grundlage für die Frage der Zulässigkeit e.AOen in einzelnen Verfahrensordnungen abgeben.

2.) Die weite gesetzliche Anerkennung richterlicher Interimsmacht gibt keinen Aufschluß über die Frage der Zulässigkeit e.AOen in den Verfahrensgesetzen, die keine entsprechende Ermächtigungsgrundlage beinhalten.
Die geschichtliche Entwicklung dieses Instituts zeigt, daß die Anordnungsbefugnis außerhalb der Zivilgerichtsbarkeit bis zu ihrer jeweiligen gesetzlichen Anerkennung immer umstritten war.
Zwar kennen nach dem Stand der heutigen Entwicklung fast alle deutschen Verfahrensordnungen eine richterliche vorläufige Regelungsbefugnis, doch ist die Frage nach der Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren allein aus der Eigenart der Natur der zur Erörterung stehenden Entscheidungsbefugnis zu beantworten.

II. Mängel der bisherigen Lösungsversuche

1.) Die gegen die Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren vorgebrachten Bedenken sind nicht gerechtfertigt.
Wortlaut und Gesetzessystematik stehen einer Anwendbar-

keit des § 123 VwGO im Verfahren nach § 47 VwGO nicht grundsätzlich entgegen. Auch muß sich das Gericht nicht notwendig den Rechtsstandpunkt eines Verfahrensbeteiligten zu eigen machen oder die Normenkontrollentscheidung (beispielsweise durch vorläufige Nichtigerklärung der angegriffenen Norm) in jedem Falle vorwegnehmen.
Ebenso wenig stört die Rechtsnatur oder die Allgemeinverbindlichkeit der Normenkontrollentscheidung.
Die Rechtsnatur der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle ist zwar ein für die Zulässigkeit e.AOen entscheidendes Kriterium, steht aber der Anordnungsbefugnis nicht entgegen. Sie erfordert lediglich eine differenzierte Betrachtungsweise bezüglich der konkreten Ausformung des Institutes der e.AO.
Richtig ist, daß der reine Beanstandungscharakter des Verfahrens im Falle einer behördlichen Antragstellung eine e.AO nach Maßgabe des auf Individualrechtsschutz ausgerichteten § 123 VwGO nicht zuläßt. Diese Feststellung bezieht sich aber lediglich auf die konkrete Ausformung der Anordnungsbefugnis im Falle behördlicher Antragstellung. Über die grundsätzliche Zulässigkeit e.AOen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren sagt diese spezielle Konstellation nichts aus.

2.) Das Schweigen des Gesetzes beinhaltet keine Regelung der Zulässigkeit e.AOen im Normenkontrollverfahren. Eine positive Begründung solcher Zulässigkeit ist unumgänglich. Die bisher in dieser Richtung unternommenen Begründungsversuche von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft können nicht überzeugen. Weder eine pauschal für das gesamte Normenkontrollverfahren geltende Analogie zu § 123 Abs. I S. 2 VwGO oder zu der verfassungsgerichtlichen Anordnungsbefugnis, noch die auf Art. 19 Abs. IV GG gestützte Argumentation wird den Besonderheiten der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle nach § 47 VwGO gerecht.

III. Die zentrale Frage nach der Rechtsnatur von Anordnungsbefugnis und verwaltungsgerichtlicher Normenkontrolle

1.) Ausschlaggebend für die Lösung des Problems ist eine teleologische Interpretation der Institute der e.AO und der verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle.

2.) a) Zweck des Instituts der e.AO ist es, die Endentscheidung im öffentlichen wie im Parteiinteresse "offen zu halten", vor einem "Zu-spät" zu bewahren. Gleichzeitig dient es der Sicherung des Rechtsfriedens und garantiert einen effektiven Rechtsschutz.
Diese Zwecke finden in den Anordnungsfunktionen der Rechtsschutzgewährung sowie Friedens- und Entscheidungssicherung im öffentlichen und privaten Interesse ihren Niederschlag.

b) Zweck des gesamten Normenkontrollverfahrens nach § 47 VwGO ist die Rechtskontrolle zur Wahrung der Einheit und Widerspruchlosigkeit der Rechtsordnung unter Vermeidung zahlreicher Einzelprozesse.
Im Falle der Antragstellung durch eine natürliche oder juristische Person gemäß § 47 S. 2, 1. Alternative VwGO wird der Beanstandungszweck des Verfahrens mit dem zusätzlichen Zweck der Gewährung von Individualrechtsschutz gegen die rechtssetzend tätig werdende Verwaltung kombiniert.

3.) Diese Ordnungsaufgaben der beiden Institute sind auf einen echten Funktionszusammenhang hin zu untersuchen.

IV. Zulässigkeit und tatbestandliche Voraussetzungen einstweiliger Anordnungen im verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahren

1.) E.AOen sind auch im Rahmen eines verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens zulässig.
Nach Sinn und Zweck beider Institute sind vorläufige Rege-

lungen zur Zweckverwirklichung des verwaltungsgerichtlichen Normenkontrollverfahrens notwendig. Die beiderseitigen prozessualen Ordnungsaufgaben stehen in einem echten Funktionszusammenhang.

2.) Von der Zulässigkeit ist die Frage nach der konkreten Ausgestaltung des Institutes im Verfahren gem. § 47 VwGO zu unterscheiden.
Die Ausgestaltung der Anordnungsbefugnis ist an der jeweils unterschiedlichen Rechtsnatur und Zwecksetzung der Normenkontrolle auf behördlichen, bzw. personellen Antrag auszurichten.

3.) a) Im Rahmen einer verwaltungsgerichtlichen Normenkontrolle auf Antrag einer Behörde (§ 47 S. 2, 2. Alt. VwGO) richtet sich der Erlaß einer einstweiligen Anordnung, dem reinen Beanstandungscharakter des Verfahrens entsprechend, nach den bei § 32 BVerfGG geltenden Grundsätzen.

b) Im Falle einer Normenkontrolle auf Initiative einer Person (§ 47 S. 2, 1. Alt. VwGO) kann, der Kombination von Beanstandungs- und Rechtsschutzzweck entsprechend, die Vorschrift des § 123 Abs. I VwGO unter besonderer Berücksichtigung des öffentlichen Interesses im Rahmen der dort vorzunehmenden Interessenabwägung analog herangezogen werden.

4.) In beiden Fällen kann - soweit die Gestaltung des rein formalen Verfahrensablaufs in Frage steht - auf die für den Erlaß e.AOen durch Verwaltungsgerichte geschaffene Regelung des § 123 Abs. II, III, IV VwGO zurückgegriffen werden.

V. Inhalt und Grenzen der Anordnungsbefugnis

1.) Charakteristisches Kriterium für e.AOen im Normenkontrollverfahren nach § 47 VwGO ist eine Abwägung der öffentlichen und privaten Interessen.
Diese Interessenabwägung ist nicht nur für die Begründet-

heit der Anordnung als Ganze maßgebend, sondern auch bei der Lösung von Einzelfragen im Rahmen des Anordnungserlasses heranzuziehen. So bei der Frage, ob ausnahmsweise eine "vorgreifliche" Regelung getroffen werden darf, ob über den gestellten Anordnungsantrag hinausgegangen werden kann oder, ob die zu treffende Maßnahme lediglich im Verhältnis zum Antragsteller oder mit genereller Wirkung angeordnet werden soll.

2.) Die Anordnungsmaßnahmen stehen im Auswahlermessen des Gerichts.
Es kann jedoch nicht die vorläufige Nichtigkeit der angegriffenen Norm angeordnet werden. Die geeignete Maßnahme ist vielmehr die einstweilige Aussetzung des Vollzugs der betreffenden Norm. Diese kann sowohl im Verhältnis zum Antragsteller als auch generell getroffen werden. In Ausnahmefällen können auch irreparable Folgen der Vollzugsaussetzung in Kauf genommen werden.

3.) Eine summarische Prüfung der Gültigkeit oder Ungültigkeit der im Normenkontrollverfahren angegriffenen Norm ist nicht notwendig und auch nicht zulässig.
Erwägungen, wie die Normenkontrollentscheidung wahrscheinlich lauten wird, sind wegen der Verschiedenheit der Verfahrensgegenstände des vorläufigen Verfahrens und des Hauptverfahrens außer Betracht zu lassen. Die zu treffenden Maßnahmen werden deshalb auch nicht durch den möglichen Inhalt der Normenkontrollentscheidung beschränkt.
Ausnahmsweise ist die Hauptsache dann berücksichtigungsfähig, wenn sie o f f e n s i c h t l i c h unzulässig oder unbegründet erscheint.

4.) Die Vollzugsaussetzung besitzt - wie die übrigen Anordnungsmaßnahmen - keine präjudizielle oder gar rechtskraftähnliche Wirkung. Sie wirkt ex nunc und endet automatisch mit der nachfolgenden Normenkontrollentscheidung.

L e b e n s l a u f

Am 28. Juli 1943 wurde ich in Heidelberg als Sohn des Steuerberaters Dr. Robert Eckert und dessen Ehefrau Hedwig, geb. Hehn, geboren.

Nach 5 Klassen Volksschule in Mosbach/Baden besuchte ich das dortige Nicolaus-Kistner-Gymnasium, wo ich am 23. März 1963 die Reifeprüfung ablegte.

Ab Sommersemester 1965 studierte ich nach Ableistung eines zweijährigen Wehrdienstes bei der Bundeswehr Rechtswissenschaft an den Universitäten München und Freiburg (WS 1967/68). Nach einem Studium von acht Semestern bestand ich am 25.7.1969 die erste juristische Staatsprüfung in München.

Am 29. September 1969 wurde ich in München als Rechtsreferendar in den Vorbereitungsdienst für das zweite juristische Staatsexamen übernommen.